

LA FRAGILIDAD CAUSAL DEL DESPIDO EN CHILE: ANÁLISIS, CRÍTICAS Y PROPUESTAS

Ponencia General en Primer Panel, “La estabilidad laboral y la eficacia del Derecho del Trabajo”, en *Sextas Jornadas de Derecho del Trabajo de la Universidad de Talca* “La protección ante el despido laboral”, 23 y 24 de agosto de 2018

ALVARO DOMÍNGUEZ MONTOYA*

RESUMEN.

El presente trabajo expone un análisis crítico de la noción de causalidad del despido desarrollada en Chile, proyectándose desde lo sociolaboral en confluencia con la estabilidad en el empleo y la protección del trabajo.

En esta investigación nos enfocaremos en identificar las principales deficiencias de nuestro modelo, para finalmente proponer, desde la constitución y la autonomía colectiva, soluciones relativas a la problemática del despido y sus efectos sociales.

Palabras claves: Estabilidad en el Empleo – Despido – Causalidad.

I. ANÁLISIS Y CRÍTICA DEL MODELO “CAUSAL” DEL DESPIDO EN CHILE

I.1. LA ESTABILIDAD LABORAL Y SU CRISIS: LA PUERTA DE ENTRADA AL DEBATE.

1. La *estabilidad en el empleo* ha sido un elemento central en la construcción de los “modelos de derecho del trabajo”¹, oscilando entre la flexibilidad empresarial y la protección del trabajo², expresando como tantas otras instituciones laborales la ambivalencia de nuestra disciplina, esto es, deformar las relaciones sociales de trabajo mientras pretende enmendar el sistema capitalista sin desnaturalizar su esencia³.

El punto de arranque de nuestro estudio lo conforma el núcleo esencial de la noción de estabilidad en el empleo, el que más allá de sus diversas “gamas”⁴, nos remite implícitamente a dos órdenes de consideraciones complementarios. De un lado, “la seguridad”, y de otro, la “duración”⁵.

* DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción (Chile), Máster en Drets Sociolaborals y Doctorando en Derecho por la Universitat Autònoma de Barcelona (Catalunya). Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad de Concepción. Casilla electrónica adominguez@udec.cl

¹BAYLOS GRAU, A. (2014), “Modelos de Derecho del Trabajo y cultura Jurídica del Trabajo”, en BAYLOS GRAU, A (Coord): Modelo de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas. Bomarzo. Albacete, pp. 15 y ss.

² WALKER ERRAZURIZ, F. (2010), Indemnización por años de servicios en el Chile de hoy: su mantención, modificación o supresión (parte I), Revista Laboral Chilena, año 2010, N° 12, p. 90

³BAYLOS GRAU, A. (2014), “Modelos de Derecho del Trabajo y cultura Jurídica del Trabajo”, ob.cit., pp. 16 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L, Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo. Madrid. Cuaderno Civitas, 1996, p. 21 y ss.; PALOMEQUE, Manuel (2011) Derecho del Trabajo e ideología. Madrid: Editorial TECNOS, pp. 19 y ss.

⁴ PÉREZ REY, J. (2004), “Estabilidad en el empleo”, Madrid, Trotta, pp. 22 y ss.

⁵ *Ibíd.*, p. 22

Por lo mismo en ella conviven dos ideas matrices: las reglas de ordenación de la duración de los contratos de trabajo, determinada por las circunstancias objetivas en que se prestan los servicios y la reconducción de la facultad del despido a los límites de la justa causa, restringiendo los márgenes de arbitrariedad de la voluntad empresarial en la extinción del contrato⁶.

Es así que en la estabilidad en el empleo no sólo se comprenden las restricciones al despido, sino que también “se amplía a nuevas fronteras para conformar una noción más acabada”, referidas también a la temporalidad del vínculo laboral, limitando la autonomía empresarial a la hora de decidir la duración de los contratos⁷.

2. Para la *flexibilidad laboral* y las tesis economicistas que la sostienen, la “estrella polar”⁸ del Derecho del Trabajo se encuentra en crisis, siendo una categoría histórica y mítica que ha decaído junto al modo de producción y el patrón de acumulación del capital⁹. Critican la vigencia del principio de estabilidad en el empleo en términos absolutos, proponiendo su reformulación e incluso su sustitución, anunciando su decadencia y anacronismo¹⁰, cuestionamientos que impactan en la cosmovisión de nuestra disciplina y sus formas normativas de protección¹¹.

Como indicó SUPIOT, el *mercado total*¹² ha vaciado de contenido la noción de persona y derecho¹³, en que vocablos *dificultad* y *rigidez* hoy designan a las normas laborales y el *costo* refiere a los derechos que protegen a los trabajadores¹⁴, emplazamientos de culpabilización extraídos directamente del Análisis Económico del Derecho. Bajo este esquema, el programa de “los nuevos enemigos del Derecho del Trabajo”¹⁵ ha sido el debilitar “las restricciones jurídicas que regulan el contrato laboral y, en particular, las decisiones del despido”¹⁶.

Así, sobre las *indemnizaciones por término de contrato* se señala que la disminución de su cuantía o derechamente su eliminación sería “la solución a los problemas de empleo

⁶ PÉREZ REY, J. (2004), “Estabilidad en el empleo”, ob.cit., pp. 21 y ss.; MONTOYA MELGAR, A., “La estabilidad en empleo: recuperación de un principio”, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 33 (2001), pp. 61 y ss; MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1983), Estabilidad en el empleo y contratos temporales, Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, Madrid, pp. 2 y ss.

⁷ PÉREZ REY, J. (2004), “Estabilidad en el empleo”, ob.cit., pp. 33 y 34.

⁸ Frase utilizada por ROMAGNOLI en distintas obras para referirse a la Estabilidad en el Empleo.

⁹ PÉREZ REY, J. (2004), “Estabilidad en el empleo”, ob.cit., p. 53.

¹⁰ En Chile, de manera matizada LÓPEZ ONETO, M.(2013) “El principio de protección a la fuente del empleo en Chile. Pasos hacia un derecho del trabajo bidireccional”, LegalPublishing-Thomson Reuters, Santiago, MERCADER UGUINA, J., Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo. Formación, decadencia y crisis. Tirant lo Blanch, valencia, 2014.

¹¹ LÓPEZ, D. (2004), “¿Derecho del trabajo o derecho del empleo? la nueva función de la legislación laboral y la reducción de los derechos en el trabajo”, en Gaceta Laboral, vol. 10, núm. 1, enero-abril, pp. 21-43, Universidad del Zulia Venezuela; JEAMMAUD, A., “Cambios y futuro del derecho del trabajo en Francia”. En Contextos Revista Crítica de Derecho Social, Buenos Aires, n° 1,1997. p. 248; UGARTE CATALDO, J.L., “Derecho del Trabajo: Invención, Teoría y Crítica”, Thompson Reuters, Santiago, 2014, p.52 y ss.

¹² SUPIOT, A. (2010), “Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008”, Revista Internacional del Trabajo, 129, N° 2, p. 168.

¹³ *Ibíd.*, p. 171.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ UGARTE CATALDO, J.L. (2004), Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho. Santiago, Editorial Lexis Nexis, pp. 47 y ss.

¹⁶ BOYER, R. (1986), “La flexibilidad del trabajo en Europa”, Centro de publicaciones ministerio del trabajo y seguridad laboral, Madrid, p.280

existentes”, “medida que incorpora un fin en sí mismo: crear más empleo”¹⁷; debate por lo demás presente en nuestro ordenamiento jurídico¹⁸.

Igualmente genera tensión el *control de la causalidad o motivos del despido*. Para tal corriente “el sistema de garantía o revisión del acto del despido debe valorarse como un coste de oportunidad muy alto”, ya que “crea rigideces y obstáculos al libre y eficaz funcionamiento del mercado laboral”, teniendo repercusión sobre la actividad del sistema económico, “que se traduce en una influencia nociva sobre el volumen global de empleo”, por cuanto impide la disposición libre de la fuerza de trabajo según la necesidades empresariales.

En suma, para los detractores de la estabilidad laboral, el sistema de garantías articulado en contra del despido, constituye causa directa de la eliminación de empleos y de la incapacidad para producir otros nuevos en tiempos de crisis. “De esta manera se construye paulatinamente la funcionalización al mercado de la normativa laboral, sobre la base de su aptitud para estimular los procesos de generación o de destrucción de empleo”. La rigidez, dificultad y costo se convierten en elementos orientadores “de los procesos económicos que favorecen o distorsionan el mercado de trabajo”¹⁹.

Al fin de cuentas y como señala MARZI, el debate laboral se centra en el maniqueísmo de oponer a quienes están en contra de la creación de empleos y lo que están a favor²⁰, en el que los liberales construyen un paradigma que atribuye centralidad social y política a la voluntad del empresario en materia de creación de empleos²¹, lo que influye decisivamente en la configuración normativa de los *modelos* de terminación del vínculo laboral²².

3. Nos preguntamos hasta dónde han permeado las objeciones de la flexibilidad laboral en nuestro ordenamiento jurídico, y, a renglón seguido, de qué manera han incidido en la cosmovisión de las relaciones de trabajo y el discurso laboralista nacional, incluso más allá de los límites conceptuales y justificadores de la tesis economicistas que la fundamentan.

Para responder nos centraremos en los aspectos esenciales de la estabilidad en el empleo en Chile, a saber, *la frágil temporalidad de la tipología contractual y la flexibilidad de los supuestos habilitantes del despido*; los que serán abordados desde el Derecho Constitucional, la significación política y democrática de la *estabilidad en el empleo* y la revitalización de la *Autonomía Colectiva* a la luz de la *Libertad Sindical*.

¹⁷ RAMOS QUINTANA, M. (2009), “Debates en torno al despido en España y amortización objetiva y colectiva de puestos de trabajo”, en Revista de Derecho Social, N° 47, p. 22.

¹⁸ Vid. ROJAS MIÑO, I., (2013), “La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno”, en Revista de Derecho de Valparaíso, 41.; ROJAS MIÑO, I. (2014). La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido, Revista Ius Et Praxis, 20.

¹⁹ BAYLOS GRAU, A., (2009), “Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del Derecho del Trabajo”, en Revista de Derecho Social, 46, pp. 12 y 13.

²⁰ MARZI, Daniela (2012), “Defender el trabajo, banalizar el despido”, en Estudios Laborales, N°6, Thompson Reuters, pp. 41 y ss.

²¹ A modo representativo vid. HAYEK, F. (1986), “El paro y los sindicatos en los años ochenta”, en Lecturas de Economía Política (Coord: Huerta de Soto, Jesús) Vol.2, Unión Editorial, Madrid, pp. 55 y ss; HUERTA DE SOTO, J. (2001), Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial, Unión Editorial, Madrid, pp. 41-85, HAYEK, F. (2008), Los fundamentos de la Libertad, Unión Editorial, Madrid, p.160.

²² BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J. (2009), El despido o la violencia del poder privado, Trotta, Madrid, p. 30; PÉREZ REY, J. (2004), “Estabilidad en el empleo”, ob.cit, p. 34.

I.2. CONTEXTUALIZACIÓN DE UN MODELO: DESCRIPCIÓN, ANÁLISIS Y CRÍTICA.

a) Generalidades.

1. Los *sistemas de estabilidad en el empleo* -dependiendo de las graduaciones o niveles de protección- se diferencian por los derechos y limitaciones impuestas a la voluntad del empleador al momento de extinguir el vínculo laboral²³.

Desde esta racionalidad, los ordenamientos jurídicos privilegian sistemas de terminación del contrato de trabajo que protegen al trabajador frente a la terminación contractual no imputable a su voluntad²⁴, para lo cual contemplan una serie de derechos para el caso de despidos arbitrarios o sin causa. Entre ellos destaca el reintegro o reinstalación, la vigencia de la relación con pago de remuneraciones, indemnización de perjuicios y sanciones pecuniarias²⁵, regulando limitaciones de causalidad, formalización y procedimentalización.

2. Uno de los instrumentos jurídicos más comunes que se han establecido para el logro de los fines de la *estabilidad*, es el *sistema causado de terminación del contrato de trabajo*, que precisa cuáles son las justas causas o motivos por los cuales se puede poner término justificadamente al vínculo laboral²⁶.

Estas causales de despido “no son sólo un argumento que habilita la terminación, sino que a la vez expresan los supuestos ideológicos de las normas protectoras”²⁷, por lo que su configuración refleja la centralidad atribuida normativamente a los intereses en pugna en la contradicción capital-trabajo.

Entre mayores sean los niveles de indeterminación de la causalidad, mayores serán los niveles de inseguridad jurídica, “desfavoreciendo la posición de los más interesados en la plena justificación de las medidas extintivas como son los trabajadores”²⁸, supeditando la eficacia de los derechos laborales a la voluntad del empleador. Esto, por cuanto el despido como acto de poder y autotutela, se constituye como un mecanismo expeditivo, que deja en

²³ Se distingue entre propiedad en el empleo, estabilidad absoluta, estabilidad relativa (propia e impropia). WALKER, F. (1990), *Terminación del Contrato de Trabajo*, Cepet, Santiago, pp. 9-16. De igual forma se distingue entre estabilidad en el trabajo o actividad, estabilidad en la empresa y estabilidad en el puesto de trabajo, consideraciones que tienen distintos alcances, PÉREZ REY, J. (2004), “Estabilidad en el empleo”, ob.cit., pp. 22 y ss.

²⁴ ROJAS MIÑO, I. (2013). *La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno*, ob.cit., pp. 107-143.

²⁵ GAMONAL, S. y GUIDI C. (2011), *Manual del Contrato de Trabajo*. Santiago, Legal Publishing, p. 68.

²⁶ ROJAS MIÑO, I. (2013), “La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno”, ob.cit., p.

²⁷ ARELLANO, P. (2017), “Causales de término de la relación de trabajo y el convenio núm. 158 de la OIT: el desahucio y la exigencia de motivación de la causal”, en “Estabilidad en el Empleo. Estudios Homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Santiago, p.47.

²⁸ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNANDEZ AVILES, J.A. (1997), “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas” en Castiñeira Fernández, J. (Coord), *Presente y futuro de la regulación del despido*. Pamplona: Aranzadi, p. 172.

las manos de una de las partes, el empleador, la posibilidad de extinguir la relación laboral sin acudir al juez²⁹.

3. Desde un punto de vista amplio, si bien el sistema chileno establece un modelo causado, resulta en los hechos “bastante flexible” y de “una estabilidad laboral precaria”, puesto que su protección se restringe al pago “de una indemnización a cargo del empleador”³⁰ y de aquellas “multas impuestas por las infracciones laborales que se hayan configurado”³¹; asimismo, la resolución judicial que resuelve sobre la justificación de la medida, “no destruye la decisión empresarial”³², siendo la readmisión una figura excepcional.

En esta parte nos centraremos en aspectos asociados a los supuestos habilitantes sustantivos del despido, poniendo atención en su configuración normativa y niveles de indeterminación causal, a fin de caracterizar nuestro *modelo* de terminación del vínculo laboral.

b) La temporalidad contractual y la fragilidad del contrato en Chile.

b.1) La temporalidad de los contratos y el *kayros* del poder para despedir.

1. La estabilidad en el empleo, en su versión más acabada nos remite a las reglas de ordenación de la duración de los contratos de trabajo, determinada por las circunstancias objetivas en que se prestan los servicios, vinculada a su vez, a la temporalidad del vínculo laboral que limita la autonomía de voluntad empresarial a la hora de decidir la duración de los contratos.

Por lo general, los límites del despido despliegan su eficacia dentro del contrato de trabajo indefinido, por lo que fuera de él se amplían los márgenes de libertad del empleador para poner término a la relación de trabajo. Esta condición de temporalidad permite a la autonomía de voluntad decidir el ingreso a las limitaciones de la justa causa, transmutado formalmente la extinción unilateral causada a una extinción consensuada³³.

2. Así las cosas, los límites a la temporalidad contractual constituyen un pilar fundamental de la estabilidad, puesto que restringen la autonomía de la voluntad en la definición de la duración de los contratos, e indirectamente, las potestades de extinción consensuadas de despido. Dicho de otra manera, mientras mayores sean los márgenes en la definición de la temporalidad del contrato, mayores serán también los márgenes para definir contractualmente su extinción.

Como señala PÉREZ, de nada sirve limitar el despido “si se admite sin reservas la contratación temporal que, por definición, supone el terreno donde los límites a las facultades de extinción unilateral del empresario apenas tienen incidencias, siendo la llegada

²⁹ GARCÍA MURCÍA, J. (1991), “La extinción de la relación de trabajo”, en VVAA, Derecho del Trabajo, Madrid, Tecnos, pp. 532 y ss. ALBIOL MONTENCINOS, Ignacio (2011), “Despido Disciplinario”, VVAA., Extinción del Contrato de Trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 894 y ss.

³⁰ ROJAS MIÑO, I. (2015), Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo, Thompson Reuters, Santiago, pp. 391 y ss.

³¹ ROJAS MIÑO, I. (2015), Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo, ob.cit., p. 395.

³² Ibíd., p. 395.

³³ PÉREZ REY, J. (2004), “Estabilidad en el empleo”, ob.cit, pp. 33 y ss.

del término el mecanismo ordinario de terminación contractual. Y a la inversa, qué sentido tendría la restricción de la contratación temporal si a la relación laboral indefinida se le pudiera poner fin sin más aditivos”³⁴.

b.2) El precario modelo de contratación temporal en Chile.

1. El *sistema de estabilidad en el empleo* chileno es sumamente precario. Sus garantías mínimas se encuentran asociadas a la duración del contrato, lo que determina no sólo su vigencia y exigibilidad de obligaciones, sino que también el ejercicio de derechos laborales individuales³⁵ y colectivos³⁶.

Respecto de la tipología contractual temporal³⁷, el criterio adoptado por el ordenamiento jurídico nacional es sumamente amplio y flexible, por cuando aparentemente no exige para los contratos de duración determinada un motivo calificado o causado para su celebración, o limitaciones cuantitativas al mismo.

Se otorgan normativamente amplios poderes al empleador para que sea él quien determine “libremente la implementación de la contratación temporal en la empresa”³⁸, reconociendo “absoluta discrecionalidad para elegir la modalidad de contratación de sus trabajadores”, pudiendo contratar “de este modo, en cualquier circunstancia, sin necesitar una causa legal que lo habilite para ello”³⁹.

2. Lo anteriormente enunciado es de suma importancia, por cuanto las causales de término asociadas al vencimiento del plazo y a la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, se encuentran indefectiblemente vinculadas a la tipología contractual adoptada de forma originaria⁴⁰.

En efecto, el *contrato a plazo fijo* en Chile “es aquel que al momento de su celebración define una fecha para su terminación”⁴¹. Ello conlleva que las partes se obligan recíprocamente por un tiempo determinado, existiendo certeza de su vigencia, al precisar de una fecha a partir de la cual cesan sus efectos jurídicos⁴². Este tipo de contrato “implica un verdadero pacto de disolución anticipada, de común acuerdo”⁴³, por lo que vencido el plazo

³⁴ *Ibíd.*, p. 34.

³⁵ La modalidad de contratación definirá la causalidad de los motivos de extinción, al quedar predeterminados como “objetivos” y ser previamente pactados, revistiendo la causal de despido una aparente intangibilidad, limitando el control judicial de su “causa”. Por otra parte y quizás la consecuencia más patente, es la privación del derecho a indemnización por años de servicios.

³⁶ De la forma de contratación dependerá a su vez la forma de organización sindical, sus formalidades constitución y los tipos de derecho colectivos que puede ejercer.

³⁷ Nos referimos a los contratos a plazo y por obra o faena determinada en relación con las formas de organización y negociación colectiva.

³⁸ CAAMAÑO, E. (2015), *El trabajo a tiempo parcial*, Legalpublishing, Santiago, p.95.

³⁹ UGARTE CATALDO, J.L. (2004), *Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho*, ob.cit., pp. 37 y 38.

⁴⁰ Recordemos que sobrevenidamente no podrá modificarse un contrato indefinido en un contrato al plazo.

⁴¹ ROJAS MIÑO, Irene. *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*, ob.cit., p., p. 62.

⁴² Dirección del Trabajo, Ord. 3878/197, 22 de junio de 1995.

⁴³ LANATA, R. (2010), *Contrato Individual de Trabajo*, Abeledo Perrot, Santiago, p. 94.

estipulado, y sin necesidad de una nueva manifestación de voluntad por las partes, el contrato se extingue⁴⁴.

Por su parte, el *contrato por obra o faena* también es un contrato en que se pacta de antemano su duración, que en los hechos es la duración de la obra o faena, sin que exista certeza respecto del día en que dicha obra o faena concluirá⁴⁵. En este escenario, jurídicamente es un contrato a plazo indeterminado⁴⁶⁻⁴⁷, que se sujeta a similares principios que el contrato a plazo fijo.

3. En este punto sostenemos que el ordenamiento laboral chileno no sólo tutela el interés del empleador al momento de definir flexiblemente el ejercicio de los poderes de extinción del contrato, sino que también lo hace al otorgar amplias libertades para definir las formas de contratación temporal, permitiendo la construcción de un *despido convencional de carácter originario*, mediante pactos de disolución anticipada sin causa, motivo calificado o limitación cuantitativa, en que el empleador en los hechos, define el despido conjuntamente con el resto de las cláusulas convencionales.

Esta hipótesis *convencional de despido* goza de una aparente intangibilidad formal, al ser producto de la autonomía de la voluntad⁴⁸, haciendo sumamente dificultosa la eficacia de los derechos laborales, los que en definitiva, quedan sujetos a los vaivenes de la tutela judicial y jurisprudencia de turno⁴⁹.

En resumen, en Chile el empleador tiene un amplio margen para definir la modalidad temporal del contrato, pues el ordenamiento otorga flexibilidad convencional a quien posee el poder de administrar el interés del otro contratante como si fuera el suyo.

c) El despido “subjetivo”: ausencias y deficiencias.

c.1) El problema de su naturaleza jurídica, el problema de sus límites.

1. Sobre el despido subjetivo, no existe en la doctrina contemporánea chilena⁵⁰ un pronunciamiento de carácter general, coherente y unitario inclinado hacia una u otra de las

⁴⁴ LIZAMA, L. (2005). Derecho del Trabajo. Santiago, LexisNexis, p.165.

⁴⁵ GAMONAL, S. y GUIDI C. (2011) Manual del Contrato de Trabajo, ob.cit., p. 48.

⁴⁶ LIZAMA, L., Derecho del Trabajo, ob.cit., p. 62, GAMONAL, S. y GUIDI C. (2011) Manual del Contrato de Trabajo, ob.cit., p. 48.

⁴⁷ Concordamos con Gamonal y Guidi, por cuanto entenderlo de otra manera vulneraría el principio de ajenidad de los riesgos GAMONAL, S. y GUIDI C. (2011) Manual del Contrato de Trabajo, ob.cit, p. 48. No obstante, según Nadal, el contrato por obra o faena es un contrato sujeto a condición, esto es, un vínculo contractual supeditado a su extinción a la concurrencia de un hecho futuro e incierto, el cual no se sabe si pueda suceder o no. NADAL SERRI, D. (2003). El despido en el Código del Trabajo. Santiago, Lexis Nexis, p. 48.

⁴⁸ Por aplicación del artículo 1545 del Código Civil.

⁴⁹ En materia de contratación laboral han existido vaivenes jurisprudenciales en diversos tópicos: poder libertario del finiquito; concatenación sucesiva de contratos temporales; hipótesis de suspensión y transformación de contratos indefinidos; duración y modalidades de contratación por obra o faena, entre otros. En todas estas materias el criterio dependerá de la judicatura de turno y su integración, supeditando la eficacia de los derechos laborales a su tutela judicial.

⁵⁰ A diferencia de la doctrina más “clásica” que opinaba que el despido subjetivo encontraba su fundamento en el derecho de los contratos. Sobre el punto ver SEPÚLVEDA BUSTOS, M. (1971), Ensayo sobre el concepto de terminación del contrato de trabajo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

posturas en permanente tensión sobre esta hipótesis de despido⁵¹. No se ha desarrollado una argumentación sistemática, ni una estructura tipológica de estudio sobre la materia⁵², sin perjuicio que aisladamente - y de manera implícita - se asuman determinadas posturas⁵³.

No obstante lo dicho, haciendo un análisis sistemático de la justificación del despido a partir del cúmulo de supuestos extintivos del artículo 160 del Código del Trabajo, diremos que existe una tendencia de explicar su fundamento y naturaleza, como una forma de resolución causada por incumplimiento de obligaciones.

En efecto, en la mayoría de los supuestos extintivos del citado artículo, se argumenta que su justificación deriva del incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato de trabajo. Al menos así se ha sostenido respecto de las negociaciones incompatibles⁵⁴, las ausencias laborales⁵⁵, el abandono del trabajo⁵⁶, conductas imprudentes o temerarias⁵⁷ y con

⁵¹ El despido subjetivo puede ser estudiado de diversas vertientes, en las que tiene importancia las aprensiones teóricas heredadas del derecho de los contratos como aquellas derivadas del poder disciplinario. Ambos polos en permanente tensión, han condicionado el debate laboral sobre los límites, efectos y reparación del despido fundado en el comportamiento del trabajador, al oscilar entre el despido subjetivo como acto de poder o resolución contractual. OLEA, Manuel Alonso (1957). El despido, Instituto de Estudios Político, Madrid, pp. 106 y ss.; GIL Y GIL, J.L. (2007), El concepto de despido disciplinario, en El Despido: aspectos sustantivos y procesales, Editorial Aranzadi, Madrid, pp. 97 y ss. GIL Y GIL, J.L. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., La protección, obc.cit., p. 17 y ss. GIL Y GIL, J.L. Y SAGARDOY DE SIMÓN, I. (2007), La protección contra el despido disciplinario, Cinca, Madrid, p. 17.

⁵² Es más, incluso gran parte de la doctrina y jurisprudencia, denomina a las causales de Despido Subjetivo como “causales de caducidad”, sin perjuicio que esta expresión tiene un contenido jurídico distinto. Lo anterior se explica como resabio de la denominación utilizada por el legislador en las leyes sociales de 1924 hasta el Código del Trabajo de 1987, expresión que no está vigente.

⁵³ No obstante existen algunas posiciones clarificadoras que asumen una postura determinada, en el sentido de entender el despido subjetivo o mal denominada “caducidad del contrato de trabajo”, como una hipótesis de poder disciplinario: ROJAS, I., Derecho del Trabajo (2015). Derecho Individual del Trabajo, ob.cit., pp. 410 y ss.; GAMONAL, S. y GUIDI C. (2011), Manual del Contrato de Trabajo, ob.cit., pp. 102 y ss. Destacamos por su mayor sistematización y desarrollo, el trabajo realizado por FERNÁNDEZ TOLEDO, R. (2016), El poder disciplinario del empleador, Thompson Reuters, Santiago, 2016, p. 164, sin perjuicio que la misma idea ha sido desarrollada en otras publicaciones. Por otro lado, negando expresamente la posibilidad que este sea una expresión de poder disciplinario UGARTE CATALDO, J.L., (2016), Huelga y Derecho, Thompson Reuters, Santiago, pp. 182 y ss.

⁵⁴ Se ha indicado que su sustrato se encuentra en realizar por parte del trabajador un actividad contraria a su obligación de actuar de buena fe, de respetar el secreto profesional, la prohibición de competencia desleal y cláusulas de no competencia, abarcando incluso el contenido ético del contrato, reconduciendo su justificación al incumplimiento contractual en consonancia con los intereses empresariales. Entre otros LIZAMA, L., Derecho del Trabajo, ob.cit., p., 176 y ss. THAYER ARTEAGA, W. y NOVOA FUENZALIDA, P (2003). Manual de Derecho del Trabajo, Tomo IV, Editorial Jurídica, Santiago, pp. 53 y ss.; VIVANCO CISTERNAS, M. (1994), El Despido Laboral, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 67 y ss.

⁵⁵ Se ha dicho que “todo contrato de trabajo lleva envuelta una cláusula obvia en orden a que el trabajador concurrirá al ámbito organizativo de su empleador, a objeto de cumplir las labores con la periodicidad pactada. Si no se ejecuta esa mínima obligación por parte del trabajador, el objeto del contrato se ve frustrado, y el prestador del servicio incurre en mora provocando de paso eventuales perjuicios al empleador”. Se agrega que “la celebración del vínculo laboral implica un deber inicial del trabajador en orden a cumplir diligentemente las obligaciones pactadas, lo que se concreta en la obligación de dar en su trabajo el rendimiento propio o normal de un deudor laboral”. IRURETA URIARTE, P. (2016) Las inasistencias al trabajo como causa de terminación del contrato, Revista chilena de derecho, Vol. 43, Nº. 3, p. 42.

⁵⁶ THAYER ARTEAGA, W. y NOVOA FUENZALIDA, P. Manual de Derecho del Trabajo, ob.cit., p. 57; VIVANCO CISTERNAS, M. El Despido, ob.cit., pp. 69 y ss.

⁵⁷ VIVANCO CISTERNAS, M. El Despido, ob.cit., pp. 78 y ss.

particular énfasis respecto de su causal de mayor identidad sustancial: el incumplimiento de obligaciones laborales⁵⁸.

La caracterización y distinción de la naturaleza jurídica del despido subjetivo no es cuestión baladí, ya que de éstas derivarán los límites que se aplicarán a su problemática. Entender el despido como expresión del poder disciplinario del empleador o bien como una hipótesis de resolución contractual cualificada, conlleva aplicar, con menor o mayor rigurosidad, límites y estándares de gradualidad, tipicidad, ponderación y proporcionalidad⁵⁹.

2. Creemos que si bien el despido y la resolución contractual, desde un punto de vista funcional, son equivalentes, su estructura no siempre coincide, puesto que la resolución, en tanto institución, conlleva una serie de aspectos teóricos y prácticos que son incompatibles con los efectos y oportunidad de ejercicio del despido⁶⁰.

La resolución - por un lado - puede tener un origen judicial o extrajudicial⁶¹; en el despido, en cambio, siempre será extrajudicial⁶². En el caso de la resolución, por regla general, el efecto extintivo se produce con la sentencia constitutiva⁶³. En el despido, por contrario, el efecto extintivo lo produce el acto en sí, siendo la intervención judicial un control de legalidad que, por regla general, no produce la renovación del vínculo laboral⁶⁴.

Siguiendo la misma lógica, en la resolución, la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación deberá ser judicial⁶⁵, contrario a la situación del despido, la que se manifiesta como última opción frente a mecanismos de autotutela disciplinarios de naturaleza conservativa, que no presuponen una intervención judicial previa, teniendo un efecto constitutivo⁶⁶. De igual forma, cabe tener presente que en el caso de la resolución, no es preciso que el incumplimiento sea culpable⁶⁷ lo que no ocurre tratándose del despido.

⁵⁸ Tal es el caso de la causal contemplada en el artículo 160 N° 7 del C.T. Se ha dicho por la doctrina que “la obligación de una de las partes, es la obligación de la otra y violando un contratante cualquiera de las cláusulas del contrato, sean éstas expresas, tácitas o subentendidas, será causal suficiente para poner término al vínculo contractual”. NADAL SERRI, D. El despido, ob.cit., p. 253. En similar sentido VARGAS MIRANDA, R. (2014). Terminación del Contrato de Trabajo, III, 2014. Santiago: Editorial Metropolitana, p. 333. Esto último ha permitido entender su naturaleza jurídica desde la lógica civilista, particularmente desde la “condición resolutoria del contrato” pudiendo ser demandada la extinción por la parte diligente al no cumplirse por la contraria lo pactado, “dando derecho al acreedor de trabajo a poner justificadamente término al contrato”. THAYER ARTEAGA, W. y NOVOA FUENZALIDA, P. Manual de Derecho del Trabajo, ob.cit., p. 60.

⁵⁹ La jurisprudencia ha desarrollado estos límites pero sin sistematización coherente, circunstancia en que tampoco lo ha vinculado al principio de proporcionalidad. Al respecto ver FERNÁNDEZ TOLEDO, R., El Poder Disciplinario, ob.cit., pp. 197 y ss.

⁶⁰ En este apartado utilizaremos los argumentos de GIL Y GIL, J.L. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., La protección contra el despido disciplinario, ob.cit., pp. 25 y ss. que encuadraremos en el modelo nacional. También haremos alusión en los siguientes párrafos, a las reflexiones indicadas por FERNÁNDEZ TOLEDO, R., El Poder Disciplinario, ob.cit., pp. 168 y ss., quien se pronuncia sobre el punto en comparación con la condición resolutoria tácita y expresa en Chile.

⁶¹ Tal es el caso, respectivamente, del pacto comisorio calificado y la condición resolutoria tácita en Chile.

⁶² El ordenamiento jurídico chileno otorga la potestad de término del contrato al empleador, sin que intervenga un tercero, siendo este un acto jurídico unilateral y de efecto constitutivo.

⁶³ Artículo 1489 del Código Civil.

⁶⁴ Sobre el punto ver artículo 160, 162 y 168 del Código del Trabajo.

⁶⁵ Artículo 1489 del Código Civil.

⁶⁶ Ver FERNÁNDEZ TOLEDO, R., El Poder Disciplinario, ob.cit., p. 168.

⁶⁷ Tal es el caso del pacto comisorio.

En otro ámbito, respecto de la resolución, la gravedad del incumplimiento puede ser pactada, lo que no ocurre en la situación de despido, el que siempre debe ser ponderado judicialmente y respecto de la cual existe una indisponibilidad tipológica⁶⁸. Por otra parte, íntimamente relacionado con lo anterior, la causa de la resolución por incumplimiento puede ser pactada, en cambio, en el despido disciplinario, los incumplimientos se encuentran previamente tipificados por el Código del Trabajo⁶⁹.

3. En contraposición a la doctrina mayoritaria, sostenemos que, según sus fines y funciones, la naturaleza jurídica del despido subjetivo debe comprenderse como manifestación de un poder empresarial⁷⁰ en la forma de sanción⁷¹. El despido se constituye como un derecho potestativo⁷² acomodado en la estructura de los actos de autotutela privada⁷³, ya que, a través de él, se permite al empleador extinguir la relación jurídica contractual mediante un acto unilateral de eficacia constitutiva⁷⁴ y que pretende la defensa de un interés de carácter particular, sin la intervención de un tercero⁷⁵.

Si bien existen diversos argumentos para entender el despido subjetivo como una variante del poder disciplinario, resultan determinantes aquellos referidos a la finalidad de la medida adoptada, como al hecho ilícito justificativo de la misma⁷⁶.

En efecto, la sanción disciplinaria no se califica por el tipo de medida, sea extintiva o conservativa, sino por sus funciones punitivas, tanto en su vertiente retributiva como preventiva general y específica⁷⁷, compartiendo el despido disciplinario la finalidad de las sanciones⁷⁸, tanto en el fin como en la justificación de la pena⁷⁹.

⁶⁸ Una de las principales observaciones que se han realizado por la doctrina en la caracterización del despido disciplinario, es la vigencia del “principio de indisponibilidad tipológica”, esto es, que las causas justas de despido solo pueden ser establecidas por el legislador y no por las partes. GAMONAL, S. y GUIDI C., Manual del Contrato de Trabajo, p. 277.

⁶⁹ FERNÁNDEZ TOLEDO, R., El Poder Disciplinario, ob.cit., p. 169.

⁷⁰ GIL Y GIL, J.L. y SAGARDOY DE SIMÓN, I. La protección contra el despido disciplinario, ob.cit., p. 29.

⁷¹ Entre otros: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (1996), Lo individual y lo colectivo en el despido objetivo, en Relaciones Laborales, 12, (1996), p. 4; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (1997), Derecho, trabajo y despido, en Relaciones Laborales 1, (1997) p. 4 ss.; BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín. (2009). El despido o la violencia del poder privado, ob.cit.

⁷² Gil y Gil, J.L. y SAGARDOY DE SIMÓN, I. La protección contra el despido disciplinario, ob.cit., p. 34 y ss.

⁷³ GIL Y GIL, J.L. (1993), Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, p. 33.

⁷⁴ PÉREZ REY, Joaquín, El despido disciplinario, ob.cit., p. 50, GIL Y GIL, J.L., Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa, ob.cit., pp. 58 y ss.

⁷⁵ Gil y Gil, J.L. y SAGARDOY DE SIMÓN, I. La protección contra el despido disciplinario, ob.cit., p. 13.

⁷⁶ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F (1991), El poder disciplinario en la empresa, Editorial Civitas S.A., Madrid, p. 229; CREMADES SAINZ-PASTOR, B. (1969), La sanción disciplinaria en la empresa, Instituto de Estudios Constitucionales, Madrid, 1969), p.171. No obstante, no existe uniformidad en el sentido de entender que la función disciplinaria sea punitiva sino que más bien correctiva. Por todos ver GIL Y GIL, J.L., Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa, ob.cit., p. 114 y ss.

⁷⁷ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F (1991), El poder disciplinario en la empresa, ob.cit., p. 228.

⁷⁸ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F (1991), El poder disciplinario en la empresa, ob.cit., pp. 248 y ss. Para un resumen de los fines del poder disciplinario empresarial y su contextualización en Chile, recomendamos FERNÁNDEZ TOLEDO, R., El Poder Disciplinario, ob.cit., pp., 38 y ss., del cual tomamos la conceptualización de los tipos de fines que cumple el mismo en el contexto del poder disciplinario en los párrafos que siguen.

⁷⁹ Sobre fines y la justificación de la pena ver ROXIN, Claus (1997), Derecho Penal. Parte General, Thompson Civitas, Madrid, T. I, p. 78 a 108.

Así, es sanción toda medida empresarial perjudicial para el trabajador, de alcance individual, que tenga como finalidad castigar un incumplimiento actual y prevenir otros futuros, tanto del trabajador afectado como del resto de los trabajadores, asegurando el orden dentro de la empresa⁸⁰, suponiendo “una disminución punitiva de algún bien jurídico del trabajador en cuestión”⁸¹.

En este contexto, el despido disciplinario cumple con una función retributiva, en la medida que su fin es el castigo al trabajador por un comportamiento que ha infringido el código de conducta fijado por la empresa, privándolo de un bien jurídico de relevancia como es el trabajo. Se impone un perjuicio efectivo, agravando su posición jurídica como deudor por consecuencia de un acto ilícito⁸².

Por otra parte, el despido disciplinario también cumple con la función preventiva general de las sanciones, debido a que el empleador muestra su disposición a castigar comportamientos que alteran el orden preestablecido para la ejecución correcta o esperada de su contrato de trabajo, de manera que el resto de los trabajadores tomen conocimiento de la reacción empresarial frente a las faltas de igual o similar naturaleza, previniendo la comisión de nuevas infracciones por parte del resto de los trabajadores no infractores.

Igualmente, y como veremos en los próximos párrafos, el efecto propio de la función preventiva especial igualmente se cumple⁸³, aunque no necesariamente dentro de la empresa. Esto, por cuanto los efectos del despido se extienden más allá del ámbito laboral, disciplinando comportamientos sociales fuera del ámbito organizacional en razón de los efectos sociales, económicos y políticos de la privación del trabajo.

Incluso en nuestro ordenamiento jurídico pareciera acentuarse esta función, por cuanto su aplicación tiene como efecto, junto con la privación del trabajo, el no pago de una indemnización por los años de servicio⁸⁴. Esto hace al trabajador acreedor de la más drástica sanción, producto de las consecuencias de la cesantía y la eventual complejidad social en la búsqueda de una nueva fuente de ingresos, con la carga de haberse extinguido su contrato por un motivo que reprocha su conducta laboral, replicando en cierta medida el efecto de la otrora libreta obrera con el finiquito laboral⁸⁵, el que por su características legales, constituye un verdadero registro de identificación de conducta laboral.

⁸⁰ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F (1991), El poder disciplinario en la empresa, ob.cit., p. 228.

⁸¹ CREMADES SAINZ-PASTOR, B. (1969), La sanción disciplinaria en la empresa, ob.cit., p. 171.

⁸² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F (1991), El poder disciplinario en la empresa, ob.cit., p. 236.

⁸³ En sentido contrario ver GIL Y GIL, J.L., Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa, ob.cit., pp. 114 y ss.

⁸⁴ En Chile, según el artículo 163 del Código del Trabajo, la única posibilidad legal para acceder a la indemnización por años de servicios es cuando la extinción es producto de aquellos supuestos del artículo 161 del Código del Trabajo, sin perjuicio de las posibilidades de indemnizaciones pactas individual o colectivamente.

⁸⁵ “La libreta obrera fue un instrumento de control ampliamente extendido en otros países para todos los trabajadores o para grupos concretos (servidores domésticos, marinos) con esa u otra denominación”. En este contexto, “las funciones de la libreta obrera son, pues, de una triple naturaleza: garantizar que las nuevas formas de trabajo quedan bajo ‘la policía de las manufacturas’, o sea, bajo el férreo control de la Administración; vigilar la prohibición de formar ‘coaliciones’ entre obreros y, finalmente, la libreta cumple el importante papel de dar seguridad a las relaciones privada, garantizado al empresario las deudas por anticipos de salarios. Sin embargo, la verdadera función fue una: estabilizar el mundo obrero. Tan duro fue el papel de libreta que, en la práctica, irá transformándose en un dispensable documento de identidad”. ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel (2014), La construcción jurídica del contrato de trabajo, Comares, Granada, p. 119.

4. Creemos que mantener arraigada la idea del *despido subjetivo* en el derecho de los contratos, significa negar la relación de desigualdad de poderes en la relación de trabajo, encubriendo el despido bajo el “derecho de los iguales”. Lo que implica una necesaria reconstrucción de la teoría del despido en Chile, desde la perspectiva de un acto de poder autotutelar que expresa una sanción.

c.2) Amplitud y flexibilidad de las causales disciplinarias.

1. Sobre los supuestos habilitantes de las causales de despido disciplinario acusamos su excesiva extensión, contenido indeterminado y textura abierta, los que se traduce en un amplio margen de interpretación y discrecionalidad para el empleador que detenta una posición de poder dentro del esquema laboral.

Tal es el caso de la falta de probidad, conducta inmoral, ausencias injustificadas, conducta imprudente o temeraria y por sobre todo el incumplimientos grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo⁸⁶.

2. Respecto de la causal del artículo 160 n° 7 del Código del Trabajo, destacamos su importancia modeladora de esta variante de despido, debido a su configuración normativa y recurrente utilización.

Dada su amplia redacción y referencia a fuentes obligacionales diversas, este supuesto sustantivo se ha caracterizado como una hipótesis de despido de contenido abierto,⁸⁷ amplio,⁸⁸ residual⁸⁹ y genérico⁹⁰. Es más, esta causal -pese a la aparente intención del encabezado del artículo 160 del Código del Trabajo - y al no contener una lista cerrada de incumplimientos laborales, cuenta con una amplitud suficiente para comprender las restantes causas de despido disciplinario⁹¹.

Gracias a su redacción, que permite una interpretación flexible, se estima que el contenido obligacional a que remite no es sólo el contractual, sino que también refiere a otras fuentes normativas⁹². Se indica que no se limita exclusivamente a las obligaciones pactadas en el contrato escrito, sino que a todas aquellas que sean establecidas por las leyes y sus reglamentos, instrumentos colectivos, las sancionadas por usos, costumbres y

⁸⁶ Ver artículo 160 del Código del Trabajo.

⁸⁷ MELIS VALENCIA, Cristián; SAEZ CARLIER, Felipe, El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2009, p. 131.

⁸⁸ GAMONAL, S. y GUIDI C., Manual del Contrato de Trabajo, ob.cit., p. 279.

⁸⁹ ROJAS MIÑO, Irene, Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo, ob.cit., p. 425.

⁹⁰ LIZAMA PORTAL, Luis, Derecho del Trabajo, ob.cit., p. 182.

⁹¹ “debido a la amplitud con que se hallan mencionadas en este precepto algunas de las causas del despido, especialmente la del N° 7, es bizantina la discusión acerca del carácter cerrado, tasado o ejemplar de la lista que contiene dicho precepto. Incluso más, el legislador se podría haber ahorrado la enumeración de faltas laborales que permiten aplicar el despido disciplinario debido a los amplios términos en que se encuentra formulada la causal del N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo. Este precepto está redactado con una amplitud suficiente para comprender las restantes causas de despido disciplinario”. FERNÁNDEZ TOLEDO, R., El Poder Disciplinario del Empleador, ob.cit, p. 65.

⁹² ROJAS MIÑO, Irene, Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo, ob.cit., p. 425. Se fundamenta lo anterior en base a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil chileno.

reglamentos internos, como también, toda clase de instrucciones, órdenes y advertencias atinentes al trabajo encomendado⁹³.

Incluso la doctrina y jurisprudencia comprenden dentro del incumplimiento laboral, la infracción de aquellas obligaciones que emanan del contenido ético del contrato de trabajo y los deberes de conducta, fidelidad y lealtad⁹⁴; postura validada tanto para la creación de obligaciones como para la justificación de incumplimientos laborales indeterminados.⁹⁵

Bajo estas premisas, se ha producido un efecto de subsunción y residualidad de situaciones fácticas que no encuentran un correlato en los supuestos habilitantes sustantivos del artículo 160 del Código del Trabajo⁹⁶, lo que determina la absorción de motivos de despidos imperfectos⁹⁷⁻⁹⁸, convirtiéndola en una causal de difícil delimitación, alejada de los contornos fijados por las restricciones al poder disciplinario, por ende, desfigurando su finalidad como garantía frente a la arbitrariedad.

En el mismo sentido y como efecto del debate anterior, se otorga flexibilidad y amplitud en la imputación de faltas laborales configuradoras del despido, por cuanto permite al empleador la aplicación de una o varias causas disciplinarias, pudiendo ser invocadas conjunta o simultáneamente al momento de despedir⁹⁹.

3. Estimamos que la caracterización doctrinaria y su utilización flexible, contraría la *tipología causal* que rige en materia de despido, por cuanto las causales disciplinarias tienen por finalidad delimitar hipótesis de incumplimientos graves y, producto de su particularidad, tipificarlas. Ese es el fundamento de que el artículo 160 del CT establezca un catálogo

⁹³ VIVANCO CISTERNAS, Manuel, El Despido Laboral, ob.cit., p. 81, LIZAMA PORTAL, Luis, Derecho del Trabajo, ob.cit., p. 183; GAMONAL, S. y GUIDI C., Manual del Contrato de Trabajo, ob.cit., p. 279; LANATA, R. (2010), Contrato Individual de Trabajo, ob.cit., p. 281.

⁹⁴ THAYER y NOVOA, Manual de Derecho del Trabajo, ob.cit.; LANATA, R. (2010), Contrato Individual de Trabajo, ob.cit., 281; NADAL SERRI, D. (2003). El despido en el Código del Trabajo, ob.cit., p. 254 y ss.

⁹⁵ C.A. de Concepción, 12 de noviembre de 2002, Rol 2954-2002. En similar sentido, C.S., 31 de marzo 2004, Rol 1053-2003; C.A. de Santiago, 11 de enero de 2005, Rol 1861-2003; C.S., 5 de agosto de 2011, Rol 9407-2010; C.A. de Rancagua, 3 de diciembre de 2001, Rol 3713-2001; C.A. de Concepción, 3 de marzo de 2006, Rol 3350-2005; C.A. de Santiago, 29 de octubre 2004, Rol 8.624-2004; C.A. de Concepción, 3 de marzo de 2006, Rol N° 3.350-2005; C.A. de Iquique, 03 de septiembre de 2007, Rol 69-2007; C.S., 13 de mayo de 2008, Rol 1003-2008; C.S., 4 de diciembre de 2008, Rol 6.072-2008; C.A. de Concepción, 06 de septiembre de 2002, Rol 4082-2001.; C.S., 13 de junio de 2013, Rol 1242-2013; C.A. de la Serena, 7 de noviembre de 2013, Rol 119-2013; C.A. de Santiago, 14 de noviembre de 2014, Rol 610-2014; C.A. de Santiago, 24 de noviembre de 2014, Rol 1276-2014.

⁹⁶ Expresamente en tal sentido C.S., 13 de junio de 2013, Rol 1242-2013.

⁹⁷ Lizama indica, en base a criterios jurisprudenciales, algunas de estas hipótesis: los atrasos reiterados, estado de ebriedad, protesto de cheques, incumplimiento de metas de rendimiento, entre otros. LIZAMA PORTAL, Luis, Derecho del Trabajo, ob.cit., pp. 183-184. En similar sentido, reconociendo tal utilización, MELIS VALENCIA, Cristián; SAEZ CARLIER, Felipe, El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, ob.cit., , pp. 132 ss.

⁹⁸ Según la Jurisprudencia, configuran incumplimiento grave: la presentación al trabajo en estado de ebriedad (C.A. de Puerto Montt, 3 de noviembre de 2006, Rol 139-2006; C.S., 14 de octubre de 2002, Rol 2982-2002; C.A. de Santiago, 14 de enero de 2016, 1705-2015); realización de trabajos o negocios de la misma actividad comercial del empleador (C.A. de Santiago, 17 de julio de 2009, Rol 1780-2008); ausencias sistemáticas al trabajo (C.S., 13 de junio de 2013, Rol 1242-2013); atrasos en la presentación al trabajo (C.S., 11 de octubre de 2007, Rol 599-2007; C.A. de Punta Arenas, 1 de agosto de 2006, Rol 28-2006; C.A. de Santiago, 4 de julio de 2008, Rol 4534-2007), entre otros.

⁹⁹ C.S., 31 de agosto 2009, Rol 249-2009. En la doctrina esto se expresa con el reconociendo el despido pluricausal. GAMONAL, S. y GUIDI C., Manual del Contrato de Trabajo, ob.cit., p. 278.

específico detallando los presupuestos infraccionales en los cuales subsumir el comportamiento considerado como ilícito, de tal manera que el no cumplimiento de los requisitos exigidos por ley para su advenimiento no permita configurar una causa justa de despido.

Por lo anterior, al impedir la subsunción de un comportamiento en las causales de despido conlleva automáticamente que el despido no es la sanción proporcional y adecuada, ya que no existe en su tipología normativa la ponderación justificante, no teniendo, por tanto, la conducta la entidad sustancial para la extinción.

En este punto, consideramos inadecuado caracterizar la causal del despido por incumplimiento grave como una figura residual, en el sentido de ser sobrante, excedente o secundario del resto de las causales disciplinarias, ni tampoco como una figura genérica, esto es, una hipótesis causal común o base de despido, sino más bien como causa de contenido amplio de infracciones convencionales graves, que se delimitan por estándares de aplicación y ponderación. Lo anterior excluye la subsunción de hipótesis imperfectas del artículo 160 del Código del Trabajo en dicha causal.

4. Siguiendo la línea desarrollada, nos llama la atención el amplio abanico de fuentes desplegadas por la doctrina, cuando es la propia ley la que limita el contenido obligacional a aquellas de origen contractual. La hipótesis de despido disciplinario, máxima expresión del poder sancionatorio del empleador, debe someterse a criterios de “tipicidad”¹⁰⁰. Sin embargo, al introducir nociones vagas e imprecisas, de un alto grado de indeterminación - como lo son el contenido ético y deberes de conductas, y en menor medida las cláusulas tácitas o subentendidas - generan una preocupante inseguridad jurídica, desfavoreciendo la posición de los trabajadores.

A diferencia de lo resuelto por la Corte Suprema¹⁰¹, creemos que un criterio delimitativo y adecuado, consistiría en que la sanción se extienda al incumplimiento de aquellas obligaciones de estricta fuente contractual o que tengan una conexión necesaria y directa con el contrato de trabajo,¹⁰² debiendo interpretarse sus cláusulas en correlación con las funciones que está obligado a desempeñar el trabajador. Ahora, en el evento de no estar escrituradas, se encontrasen indeterminadas o difusas (funciones y obligaciones), su interpretación deberá ser en contra del empleador por aplicación de los artículos 1563, 1564 y 1566 del Código Civil. De otro modo, se sumaría una imprecisión adicional a la vaguedad de esta causal¹⁰³ que beneficia a quien detenta una posición de superioridad. Cuestión del todo consonante cuando es la propia ley laboral la que obliga la escrituración y claridad del contenido obligacional y funciones de la prestación laboral,¹⁰⁴ siendo exigible, por los mismos fundamentos, claridad en el seno del régimen obligacional y sancionatorio.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ TOLEDO, R., *El Poder Disciplinario del Empleador*, ob.cit., pp. 433 y ss.

¹⁰¹ CS., 9 de enero de 2007, Rol N° 5454-2005.

¹⁰² En este sentido, C.A. de Concepción, 5 de abril de 2011, Rol 355-2010. “El incumplimiento, entonces, debe tener una conexión necesaria y directa con el contrato de trabajo. Ello impide extender la sanción a cualquiera otra fuente, privilegiando la de carácter contractual, y que corresponde a aquella que cae directamente bajo los sentidos de los contratantes”.

¹⁰³ En un similar sentido se ha resuelto que “para establecer si el demandante incumplió gravemente las obligaciones que le impone su contrato de trabajo, resulta básico tener certeza acerca de la exacta naturaleza de los servicios que debía prestar para su empleador”. En dicho fallo se indica que no cumple esta exigencia el contrato que no contiene la descripción del cargo ni señala las tareas que debe cumplir el trabajador. C.A. de Santiago, 3 de septiembre 2002, Rol 7069-2001.

¹⁰⁴ Como se desprende de una interpretación armónica y teleológica de los artículos 9, 10 y 154 del C.T.

d) La necesidad empresarial como causal de término del contrato¹⁰⁵.

1. Del texto regulador causal del despido por necesidades de la empresa¹⁰⁶, se ha concluido que su supuesto habilitante está redactado “en términos tan vagos y amplios, que cualquier circunstancia económica puede ser calificada como tal”¹⁰⁷. En este contexto se aprecia una indefinición de la causa motivadora de la medida extintiva, ante la cual es indiferente la naturaleza del motivo, esto es, técnico, organizativo, productivo o económico. La causa no se concreta, no se precisa, ni se formula una caracterización que permita esclarecer su extensión.

En los hechos, se ha pretendido delimitar su alcance mediante la vía de ejemplificación¹⁰⁸, enumerando circunstancias “análogas” o “semejantes”¹⁰⁹ no taxativas, que permite la existencia de un catálogo abierto¹¹⁰ ante el que concurre válidamente –*en lo virtual o abstracto*– tal causal de despido. Por su parte, la doctrina dispone que estas causales genéricamente atienden a motivos de orden “económico, tecnológico o estructural”¹¹¹, que igualmente se ha identificado en un sentido económico y técnico¹¹².

En el mismo nivel de incertidumbre, el legislador, en una grave omisión, no ha indicado la oportunidad temporal o bien los periodos objetivos para la concurrencia válida de la necesidad empresarial, lo que amplía desproporcionadamente el *ratio* de la crisis y las posibilidad de justificación del empleador.

Por otra parte, la normativa no distingue los ámbitos de afectación en que incide el factor o causa desencadenante, ni tampoco el alcance de los elementos sobrevenidos exigidos para su asunción válida. Este problema es de suma importancia, ya que en los hechos evoca la problemática de la noción de perjuicio patrimonial, en el sentido si se incorpora en éste, además de las pérdidas actuales, las pérdidas previstas. De este modo, no existe claridad si la opción legislativa comprende los *despidos preventivos*, esto es, medidas

¹⁰⁵Por cuestiones de extensión y desarrollo, no profundizaremos en el despido por quiebra, ya que será abordado en estas jornadas por otro autor. Recomendamos CAAMAÑO ROJO, E. (2013). El destino de los contratos de trabajo frente a la empresa en crisis: reorganización-liquidación frente a estabilidad laboral. Revista de derecho (Valparaíso), (40), 185-212.

¹⁰⁶ Artículos 161 y siguientes del Código del Trabajo.

¹⁰⁷ UGARTE CATALDO, J.L. Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2004, p. 40.

¹⁰⁸ LIZAMA PORTAL, Luis, Derecho del Trabajo, ob.cit., p. 184; MELIS C. y SAÉZ F. (2009). El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo. Santiago: Jurídica Conosur. p. 135.

¹⁰⁹ NADAL SERRI, D. (2003). El despido en el Código del Trabajo, ob.cit., p. 293.

¹¹⁰ Entre otros: Corte Suprema, 12 de agosto de 2011, ROL 201-2011. Corte Suprema, 29 de septiembre de 2009, ROL 4123-2009; Corte Suprema, 8 de enero de 2015, ROL 5000-2014; Corte de Apelaciones de Chillán, 18 de agosto de 2014, ROL 59-2014; Corte Suprema, 7 de septiembre de 2006, ROL 757-2005.

¹¹¹ LIZAMA PORTAL, Luis, Derecho del Trabajo, ob.cit., p. 184.

¹¹² Corte Suprema, 29 de septiembre de 2009, ROL 4123-2009; Corte de Apelaciones de Concepción del 16 de octubre de 2007, ROL 107-2007. En el mismo sentido NADAL SERRI, D. (2003). El despido en el Código del Trabajo, ob.cit., p. 294; THAYER ARTEAGA, W. y NOVOA FUENZALIDA, P (2003). Manual de Derecho del Trabajo, Tomo IV, Santiago: Editorial Jurídica. p. 96; GAMONAL, S. y GUIDI C., Manual del Contrato de Trabajo, ob.cit., pp. 268 y 269.

extintivas vinculados a la predictibilidad de hechos y situaciones futuras negativas para la organización empresarial.

En la operativa práctica, todas estas circunstancias permiten hablar de un “libre despido encubierto” con el “efecto jurídico automático” del pago de la indemnización por término de contrato, que por su configuración normativa constituye un “incentivo” para impedir su impugnación¹¹³, más aún si esta tiene limitaciones importantes de cuantificación¹¹⁴.

Sumado a lo anterior, esta modalidad de despido no tiene limitaciones cuantitativas ni limitaciones temporales de concreción, pudiendo materializarse un *Despido Colectivo*, sin requisitos adicionales, ni autorizaciones de ningún tipo, siendo inexistente la intervención de poder públicos y organizaciones sindicales¹¹⁵.

2. Si bien existe consenso jurisprudencial y doctrinario en caracterizar este tipo de causal¹¹⁶, no existen estudios tipológicos, profundos y sistemáticos sobre su naturaleza y alcance, lo que impide resolver de manera coherente las deficiencias antes referidas, más aún cuando existen algunas tendencias jurisprudenciales¹¹⁷ y doctrinarias¹¹⁸ que abogan por su flexibilización.

Por lo mismo, la problemática del despido por necesidades de la empresa no se refiere solamente a su contenido causal indeterminado, sino que también y, por consecuencia, al problema de su *impredecibilidad*¹¹⁹, que impide suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar su núcleo esencial.

De este modo, la evidente textura abierta del despido por necesidades de la empresa plantea dudas interpretativas y de aplicación, las que finalmente se resolverán por quien detenta su ejercicio potestativo, definiendo su alcance sobre la base de la opción más favorable a su interés. Por lo mismo, ante alternativas abiertas de esta naturaleza, sólo se podrá conocer el verdadero alcance de la medida y su ponderación, al momento de la

¹¹³ UGARTE CATALDO, José Luís: Derecho del trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho. (Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2004), p. 39.

¹¹⁴ Artículos 163 y 172 del Código del Trabajo.

¹¹⁵ El Despido Colectivo no existe en nuestra legislación, siendo eliminado en las reformas laborales formuladas a las Código del Trabajo de 1931. No obstante, existe un proyecto de ley sobre la materia, que actualmente se encuentra en la Cámara de Diputados (Boletín 9886-13, Modifica el Código del Trabajo con el objeto de establecer un procedimiento previo al que debe someterse el empleador en caso de despidos colectivos).

¹¹⁶ Para un recopilación de criterios jurisprudencia y doctrinarios, y a su vez problematización del despido por necesidades de la empresa desde dos posturas opuestas: DOMÍNGUEZ, Álvaro, “El despido por necesidades empresariales en los procesos de subcontratación en Chile”, en VVAA “Problemáticas en torno a la subcontratación”, LibroTecnica, Santiago, 2018 y VARAS CASTILLO, Mario, “pérdida de eficacia de la causal de necesidades de la empresa en el sistema de terminación del contrato de trabajo”, Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, vol. 1, N° 2011, pp. 79-95.

¹¹⁷ A modo de ejemplo sentencia CS., 29 de septiembre de 2009, Rol N° 4123-2009. Incluso es más, en la reciente unificación sobre esta materia. Se observa un voto en contra C.S., 8 de enero de 2018, Rol 35.742-2017. Para un recopilación de criterios jurisprudenciales vid. VARGAS MIRANDA, R. (2014). Terminación del Contrato de Trabajo, ob.cit., T. III.

¹¹⁸ Sobre el punto ver VARAS CASTILLO, Mario, “Pérdida de eficacia de la causal de necesidades de la empresa en el sistema de terminación del contrato de trabajo”, Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, vol. 1, N° 2011

¹¹⁹ Tomamos la idea de concepto impredecible de BASSA J. y VIERA C. (2015), “Contenido esencial de los derechos fundamentales”, en VVAA “Manual sobre derechos fundamentales”, LOM, Santiago, p. 330.

resolución de la controversia por un tribunal de justicia, la que por lo demás no destruye la decisión empresarial.

Así, la resolución de los conflictos laborales quedan abiertos y predefinidos por quien tenga el poder autotutelar, afectando la justificación de la medida y supeditando su control a la judicatura de turno.

II. PROPUESTA DESDE TRES DIMENSIONES: POLÍTICA, CONSTITUCIÓN Y AUTONOMÍA COLECTIVA.

Ante el escenario de fragilidad de la tipología contractual temporal y la transversal flexibilidad de los supuestos habilitantes del despido, creemos que debe entregarse una respuesta desde múltiples dimensiones.

Nuestra propuesta integra tres enfoques complementarios: la reivindicación de la estabilidad del empleo y el despido desde su significado político y democrático; la protección constitucional contra el despido a partir de la centralidad del trabajo y, para finalizar; la libertad sindical y autonomía colectiva, como articuladoras de derechos y garantías de tutela.

II.1. PRIMERA DIMENSIÓN: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y EL DESPIDO. LA NECESARIA VINDICACIÓN DE SU SIGNIFICADO POLÍTICO Y DEMOCRÁTICO.

1. No cabe duda que los embates al Derecho del Trabajo desde las lógicas economicistas han repercutido en la cosmovisión laboral del modelo normativo de término del contrato en Chile, siendo necesaria la defensa del significado político y democrático del despido a partir del concepto de estabilidad¹²⁰.

En este contexto, extraña profundamente que las crisis económicas *-compañeras de viaje históricas de nuestra disciplina*¹²¹ - se invoquen como justificación para la disminución de los estándares de protección derivados de la estabilidad en el empleo. Parafraseando a ROMAGNOLI, en materias de despido “cuando se decide evocar el pasado puede ser que se termine de hablar con el presente”¹²². En efecto, los amplios márgenes de la autonomía de la voluntad en los tiempos de crisis *-y que con visceral pasión hoy se exigen-*, fueron los que precedieron a la inseguridad e incertidumbre laboral¹²³ que sometió al despido “a los límites

¹²⁰ Para una propuesta en este sentido desde la racionalidad del Derecho del Trabajo Vid. MARZI, D. (2012), “Defender el trabajo, banalizar el despido”, ob.cit.

¹²¹ Parafraseando a PALOMEQUE LÓPEZ, C (1945), “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, Revista de Política Social, N° 143, pp. 15-21.

¹²² ROMAGNOLI, U. (2017), “La inevitable licencia para despedir”, en “Estabilidad en el Empleo. Estudios Homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Santiago, p. 321.

¹²³ En Chile entre 1981 y 1919, uno de los problemas centrales del trabajo y la existencia del proletariado era “la inseguridad permanente en el trabajo” al que se suma “la carencia de legislación que impidiera los despidos injustos”. En esos momentos “no existían disposiciones legales para contratar a los obreros ni, muchos menos, para impedir que pudiera ser despedido repentinamente y sin causa justificada”. “La falta de protección legal para los obreros era una situación que afectaban a todos los trabajadores del país. Muchos de ellos se reúnen y solicitaban de las autoridades y del Congreso una ley especial que establezca la forma en que debe notificarse la cesación del trabajo a los obreros en general. Pasarán muchos años antes que sean escuchados”. ORTIZ LETELIER, Fernando, El Movimiento Obrero en Chile (1981-1919), LOM, Santiago, 2005, pp. 84 y 85. Se

de la justa causa” y destinó a la contratación de temporalidad indefinida a ser el “vehículo privilegiado de asunción laboral”¹²⁴.

Recordemos que política e ideológicamente el concepto de estabilidad en el empleo representa históricamente la cristalización de la naturaleza contradictoria del Derecho del Trabajo, al convertirse en la “contrapartida” de la subordinación, en la que se admiten “altas dosis de sometimiento al poder patronal a cambio de la garantía del empleo”, “tanto sufrimiento, pero también tanta certeza”, “tanta subordinación, pero también tanta garantía”¹²⁵, que se expresa esencialmente en el pago de indemnizaciones por términos de contrato y la limitación de la voluntad empresarial a la justa causa. Lo que algunos llamarían, el trueque entre la subordinación y la estabilidad¹²⁶, “el precio de la arrogancia del poder”¹²⁷.

Estas ideas resumen la máxima política del Derecho del Trabajo en materia de despidos: mientras exista subordinación y desigualdad en la relación laboral, existirá la necesidad de protección. De otro modo no puede existir un derecho laboral¹²⁸.

Pero más allá de las anteriores reflexiones, nos sorprende que desde lo técnico y de manera apresurada, se relacione la legislación protectora y resultados en materia de empleo, ya que los datos empíricos e indicadores sobre los que se sustentan son ambiguos e imprecisos, siendo abundantes los problemas de medición y metodología¹²⁹ que cuestionan su legitimidad, siendo incluso calificados como incompatibles con el imperio de la ley y antinómicos con un modelo democrático¹³⁰.

Más aún, debido a su fuerte contenido ideológico y falta de rigurosidad científica, las investigaciones, mediciones y conclusiones proyectadas desde el Análisis Económico del Derecho en materia laboral, no sirven para supervisar la situación del empleo ni guiar reformas estructurales del mercado de trabajo, por lo que su pretendida objetividad sólo puede ser calificada de pseudociencia¹³¹.

2. Resignificando el despido¹³². No debemos perder de vista que la culpabilización al Derecho del Trabajo se realiza desde la posición hegemónica de revaloración de la cultura empresarial¹³³, que ha pretendido omitir un análisis político del problema de la autoridad y democracia en los espacios de trabajo.

recomienda ver ROMAGNOLI, U, “El Derecho, el Trabajo y la Historia”, CES, Madrid, 1997, pp. 132 y ss., para un descripción histórica de la conformación y disputa en la regulación del despido en Italia.

¹²⁴ PÉREZ REY, J. (2004), “Estabilidad en el empleo”, ob.cit., pp. 32-34.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 49.

¹²⁶ SUPIOT A. (1999), Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 36.

¹²⁷ ROMAGNOLI, U. (1997), El Derecho, el Trabajo y la Historia, ob.cit., p. 137.

¹²⁸

¹²⁹ Vid. BERTOLA, G., et. alt. (2000), “Protección del empleo en los países industrializados y necesidad de nuevos indicadores”, Revista Internacional del Trabajo, 2000, vol. 1999, N° 1 y SANGHEON, Lee, et.alt. (2008), “El indicador de normas del trabajo del Banco Mundial. Averiguaciones y críticas recientes”, Revista Internacional del Trabajo, Vol 127, N° 4.

¹³⁰ SUPIOT, A. (2010), “Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008”, ob.cit.,

¹³¹ GAMONAL, S. (2017) “Derecho laboral, economía y pseudociencia”, ob.cit.

¹³² BAYLOS GRAU, A (2000), “Por una (re) politización de la figura del despido”, Revista de Derecho Social, N° 12.

¹³³ BAYLOS GRAU, A. (1992), Autoridad y democracia en la empresa, ob.cit., p. 9; BAYLOS GRAU, A. (1991), Derecho del Trabajo: modelo para armar, ob.cit.,p. 87.

Tal enfoque, orientado a exaltar el poder empresarial y reforzar la desigualdad social del esquema laboral, tiene como una de sus expresiones predilectas la desregularización del despido, ubicándose en las antípodas de la pretensión correctora del Derecho del Trabajo, cuyo fin ha sido históricamente “someterlo a la civilización democrática”, racionalizándolo, procedimentándolo y formalizándolo, “para evitar que se corrompa en pura arbitrariedad”¹³⁴.

El despido se ha vuelto “un acto banal”, “socialmente irrelevante”, volviendo a su fórmula más original, representado mediante expresiones economicistas que lo niegan como un “acto de violencia”, y que a su vez niegan al trabajo como lugar de “integración y participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia”, por el cual se “crea una persona sin calidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo”¹³⁵.

Por lo anterior, creemos necesario entroncar el debate de la estabilidad en el empleo en el esquema del despido en sus diversas modalidades, poniendo como telón de fondo la estructura desigual de la relación laboral y el rol que cumplen las formas jurídicas. En efecto, “el empresario no sólo tiene un derecho como acreedor, a la manera obligacional, sino un derecho de poder, de carácter jurídico personal”¹³⁶, que analizado desde la función ideológica que entraña el Derecho del Trabajo¹³⁷, evoca un instrumento de justificación de poder que lo hace difuso y lo transfigura en verdad mediante la noción de orden y objetividad, al permitir y condicionar ciertas prácticas y relaciones jerárquicas¹³⁸.

La empresa se conforma por un conjunto de dispositivos que la transforman en un espacio de disciplinamiento, una institución de sometimiento y sumisión temporal, espacial y física, desde la cual el empleador ejerce un poder polimorfo y polivalente de carácter económico, político y judicial. En ella él da órdenes, establece reglamentos, acepta y expulsa individuos de su organización, configurando un verdadero derecho al castigo y recompensa ante instancias de enjuiciamiento bajo su presidencia¹³⁹.

Así, la fragilidad en la temporalidad contractual expresada en el despido como forma de autotutela, conlleva otorgar un poder de expulsión en una esfera decisiva en la articulación de relaciones sociales de una persona, lo que termina por reducir la ciudadanía del trabajador a energía incorporada a la producción de bienes y servicios, condicionando tanto sus relaciones sociales como vinculaciones familiares a resultados preordenados en la organización económica de la empresa¹⁴⁰, en los que la lejanía o desavenencia de los mismos, repercuten en el ámbito extra laboral.

La privación del trabajo mediante el despido, niega al primero como una lugar de “integración y participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia”, por cuanto “crea una persona sin calidad social, porque la cualidad de la misma y los

¹³⁴ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J. (2009). El despido o la violencia del poder privado, ob.cit., pp. 47 y ss.)

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 34, 35 y 36.

¹³⁶ SINZHEIMER, H., *La esencia del Derecho del Trabajo, Crisis económica y Derecho del Trabajo*, (Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984), p. 75.

¹³⁷ DOMÍNGUEZ MONTOYA, A. y MELLA CABRERA, P., *Trabajo y Derecho: un padre ausente, el conflicto social*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 22 (2015), p. 105-148.

¹³⁸ FOUCAULT, M., *Nietzsche, la Genealogía, la Historia*, (Valencia, Pre-textos, 2008), p. 17, 18 y ss; 36 y ss; FOUCAULT, M., *Defender la Sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, (D.F., FCE, 2006), p. 35, 42, 43; FOUCAULT, M. *Historia de la Sexualidad. La voluntad del saber*, (Buenos Aires, Siglo XXI, 2007), p.74 y ss.

¹³⁹ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, (Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2002) p. 153 y ss; FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, (Barcelona, Gedisa, 1995), p. 133 y ss.

¹⁴⁰ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J. (2009). El despido o la violencia del poder privado, ob.cit., p. 44.

referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo”¹⁴¹. De esta forma se lo presenta como acto de fuerza”, “fenómeno de violencia inserto en los itinerarios de la autoridad empresarial”, que incide directamente sobre los derechos de los trabajadores, definiendo negativamente su posición social y económica¹⁴².

3. Lo anterior se acrecienta en un modelo de sociedad consumista como la chilena¹⁴³ en que los actos de consumo sobrepasan las posibilidades salariales de los individuos, siendo compulsados a acudir al endeudamiento para su reproducción social¹⁴⁴. Rasgo que viene configurado por una matriz económica en que los aumentos de demanda de bienes y servicios no son por efecto del aumento de los salarios nominales, sino de un crecimiento sostenido del crédito¹⁴⁵.

En dicho modelo, sin perjuicio de las implicancias subjetivas de desintegración social y política que conlleva¹⁴⁶, el crédito de consumo se convierte en “un formidable factor de disciplinamiento”, por cuanto los individuos subordinan sus “estrategias de conflicto, a sus estrategias de sobrevivencia como asalariados”, en el que “su futuro está en seguir siendo un trabajador creíble”. Obligándolos a constreñir su margen de acción política hacia un “correcto comportamiento laboral” para asegurar su permanencia en la empresa y la aceptación de condiciones precarias de trabajo, junto con la necesidad de mantener un ingreso económico que no solo les permita solventar el costo de la vida, sino también del crédito¹⁴⁷.

Por lo mismo, reconociendo la estructura subordinada de la relación laboral y el poder del empleador, validado y normalizado jurídicamente por la temporalidad del contrato de trabajo, resulta evidente que el despido expresa un acto de autotutela formulado como acto de violencia privada¹⁴⁸.

En tales términos, el despido constituye un dispositivo de disciplinamiento dentro de la organización empresarial que, por los efectos que produce, cumple una función de articulación política, una forma de violencia simbólica dirigida a validar y legitimar condiciones estructurales de control y dominación social¹⁴⁹; impidiendo, desde una reivindicación de la centralidad del trabajo, propiciar las ideas de la flexibilización temporal del contrato y la causa del despido.

II.2. SEGUNDA DIMENSIÓN: LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 34, 35 y 36.

¹⁴² BAYLOS GRAU, A (2000), “Por una (re) politización de la figura del despido”, *Revista de Derecho Social*, N° 12, p. 10.

¹⁴³ MOULIAN, Tomas, *Chile Actual. Anatomía de un mito*, (Santiago, LOM, 2002). y LARRAÍN, Jorge, *Identidad Chilena*, (Santiago, LOM, 2016). En un contexto general: BAUMAN, Zygmunt, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, (Barcelona, Gedisa, 2000).

¹⁴⁴ MOULIAN, Tomas, *Chile Actual. Anatomía de un mito*, *ob.cit.*, p. 104.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 90

¹⁴⁶ LARRAÍN, Jorge (2016), *Identidad Chilena*, *ob.cit.*, p. 225.

¹⁴⁷ MOULIAN, Tomas, *Chile Actual. Anatomía de un mito*, *ob.cit.*, pp. 103, 104, 105, 118 y 119.

¹⁴⁸ BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*, *ob.cit.*, p. 44 y ss.

¹⁴⁹ FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar*, (n.82), pp. 141 y 142.; FOUCAULT, M., *La verdad*, *cit.* (n.82), pp. 128 y ss., pp. 132 y ss. DE GAUDEMAR, J.P., *El orden y la producción, nacimiento y forma de la disciplina de fábrica*, (Madrid, Ed. Trotta, 1991), pp. 42 y ss.

1. Un segundo aspecto relevante en nuestro análisis es la respuesta constitucional ante el dilema de la vigencia de la estabilidad en el empleo y las formas de tutela contra el despido.

Nuestra Constitución Política, en el artículo 19 N° 16, contempla una serie de garantías constitucionales dentro de las cuales se asegura a todas las personas la “libertad de trabajo y su protección” .

La pregunta ineludible para determinar qué es lo protegido por la Constitución, tiene que ver con el alcance de su enunciado normativo: “¿la libertad de trabajo o el derecho a él?”¹⁵⁰. Si bien no existe consenso sobre si el constituyente excluyó o dio protección al Derecho del Trabajo¹⁵¹, sí lo hay en lo relativo a que la cobertura de la norma no queda “reducida a la protección de la sola libertad de trabajo”¹⁵², por cuanto nuestro ordenamiento jurídico protege “el trabajo” y “los derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente al Estado”¹⁵³.

Lo anterior supone reconocer “que el trabajo es un atributo esencial de la persona que se integra en su dignidad y patrimonio y sin el cual el sujeto se denigra, cuestión que obliga a que el ordenamiento jurídico lo proteja y ampare”¹⁵⁴, destacándose “el trabajo en sí por su función”¹⁵⁵, constituyendo un derecho social, que fuerza a crear las condiciones necesarias para que puedan ejercerse realmente tanto la libertad, como el trabajo que ya se está desarrollando¹⁵⁶, lo que otorga “una significativa función habilitante de la intervención estatal, ofreciendo cobertura constitucional a la legislación laboral”¹⁵⁷.

Esto conlleva, a nivel constitucional, situar “la preeminencia del trabajo como principio ordenador del sistema jurídico”¹⁵⁸, en tanto los trabajadores cuentan con un haz de derechos exigibles al Estado para que éste los proteja de intervenciones de los particulares. Implica “la valoración del trabajo como un atributo que surge de la propia dignidad del sujeto que presta servicio”, lo que conlleva que los trabajadores dispongan “de los medios idóneos para defender sus intereses ante una probable situación de desventaja”¹⁵⁹.

¹⁵⁰ CEA EGAÑA, J.L.. (2012). Derecho Constitucional Chileno, T. III. Antofagasta: UCN, p. 459.

¹⁵¹ Negando el Derecho del Trabajo como Garantía Constitucional: BULNES ALDUNATE, L. (1980). La Libertad de Trabajo y su protección en la Constitución de 1980. Revista de Derecho Público, 28, p. 129 y ss.; PALAVECINO, Claudio, (2013), La libertad de trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura. Revista Laboral Chilena, agosto, 2013. En sentido contrario: GAMONAL, S.. (1998). Introducción al Derecho del Trabajo. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, pp. 53 y ss.; NOGUEIRA, Humberto. (2009). Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, T. III., Librotecnia, Santiago, p. 399, SILVA BASCUÑAN, A. (2010). Tratado de Derecho Constitucional, tomo XIII. Santiago: Editorial Jurídica, p. 231. Para una análisis sobre el alcance de la noción Derecho del Trabajo como parte de la garantía constitucional en Chile y modelos comparados en relación con el despido, ver MARZI, D. (2012), “Defender el trabajo, banalizar el despido”, ob.cit.

¹⁵² BULNES ALDUNATE, Luz. (1980). La Libertad de Trabajo y su protección en la Constitución de 1980p. 129.

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ IRURETA, P. (2006). Constitución y orden público laboral: un análisis del artículo 19 n° 16 de la Constitución chilena. Santiago: Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, p. 53.

¹⁵⁵ CEA EGAÑA, J.L.. (2012). Derecho Constitucional Chileno, ob.cit., p. 460.

¹⁵⁶ SILVA BASCUÑAN, A. (2010). Tratado de Derecho Constitucional, ob.cit., p. 227.

¹⁵⁷ PALAVECINO, Claudio, (2013), La libertad de trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura. p. 80.

¹⁵⁸ IRURETA, P.. (2006). Constitución y orden público laboral: un análisis del artículo 19 n° 16 de la Constitución chilena. Santiago: Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, p. 53.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, p. 57.

Las anteriores consideraciones permiten a la doctrina reconocer que el “Principio Protector” tiene una consagración constitucional que obliga tanto al juez como al interprete a orientar la norma en el sentido que proteja al trabajador¹⁶⁰.

Es claro entonces, que el modelo constitucional, en términos políticos, opta por el trabajo como un valor central, desplegado como pilar modelador de mecanismos de tutela contra el despido y desarrollado bajo el alero de la noción la estabilidad laboral; la que a su vez se proyecta en una doble dimensión: como principio y como expresión del contenido esencial de un derecho fundamental.

En este marco, la estabilidad en empleo y sus expresiones asumen centralidad: por una parte, como criterio de validez de las reglas que regulan la forma del trabajo subordinado por cuenta ajena y por otra, como norma en forma de principio en su función interpretativa, resolutive e integradora¹⁶¹.

La estabilidad en el empleo en sus dos matrices se impone como criterio de validez respecto del resto de las normas legales, de manera tal, que la contravención o incoherencia con su contenido por parte de las normas de inferior jerarquía, implica que tales reglas carecerán de validez.

Por su parte, en su rol como principio tendrá una función correctora y justificadora, tanto en la interpretación de un norma, como en la solución de antinomias normativas. O bien en la integración de vacíos legales, guiando la aplicación del ordenamiento jurídico laboral al momento de resolver un conflicto de trabajo.

Esto tiene importancia, por cuanto las causas que justifican las principales hipótesis de despido en Chile se encuentra definidas por conceptos indeterminados con una clara textura abierta, en el que juegan un papel fundamental los elementos teleológicos que se asocian para su concurrencia válida. En estos supuestos la resolución de conflictos quedan abiertos a conceptos causales indeterminados, quedando inconcluso el encausamiento para la resolución del conflicto para al interprete¹⁶², permitiendo llevar a cabo interpretaciones susceptibles de asegurar el mayor desarrollo del derecho¹⁶³.

Los conceptos jurídicos indeterminados son técnicas jurídicas que permiten a los que están encargados de poner en práctica el derecho, llevar a cabo en el interior del propio sistema jurídico, interpretaciones que se adecuen a los valores y fines vigentes en el ordenamiento jurídico Pero que frente a la posibilidad de arbitrio en su utilización, propio de las técnicas normativas flexibles, requieren, para su operatividad, conjugarse con otros principios reguladores que adecuen y otorguen más certeza en su dinámica e interacción; los que generalmente se asocian al binomio causa y medidas a la persecución de fines legítimamente perseguibles establecidos por el propio ordenamiento y su conexión con lo razonable de la medida a adoptar, en el sentido de moderación o medida normal aceptable en atención a los fines insertos en el programa normativo¹⁶⁴.

¹⁶⁰ IRURETA, P., (1992). Consecuencias para la libertad de trabajo de un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago. *Revista Chilena de Derecho*, 19, n° 3, pp. 496; GAMONAL, S. (2013). El principio de protección del trabajador en la constitución chilena. *Estudios constitucionales*, 11(1).

¹⁶¹ Lo que Ugarte denomina “la nueva hora de los principios”. UGARTE CATALDO, J.L., (2013), “La rehabilitación de los principios del derecho del trabajo y el concepto del derecho”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* n° 1, Thomson Reuters.

¹⁶² MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas, ob.cit., p. 172.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 177.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 177 y ss.

En otras palabras, lo razonable es necesariamente un noción de contenido variable del Derecho, que busque “la aceptabilidad racional como principio regulatorio”, en la que el nexo entre la causa y la medida se centre en el “problema de justificación jurídica de la decisión a adoptar”, comprendiendo e la “aceptabilidad racional”, como una “propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica” o de “racionalidad de los fines”; en lenguaje weberiano, basado la lógica medio-fin, siendo razonable la medida si el medio elegido tiene sentido desde el punto de vista del fin propuesto y la pauta, la idea de “eficiencia”, esto es, cuán eficiente son los medios para alcanzar el fin perseguido¹⁶⁵.

La anterior apreciación no es sólo teórica ni propia de la técnica argumentativa del derecho. La exigencia de causalidad y su justificación, el control de racionalidad y adecuación de las medidas extintivas con sus finalidades perseguidas, no se sustentan solamente en la vocación moral del Derecho del Trabajo, que frente a la posición asimétrica de subordinación y dependencia del trabajador, justifica el despliegue de mecanismos institucionales de protección, sino que también, tiene un correlato respaldado en normas constitucionales en base a la centralidad que se le atribuye al trabajo en el modelo constitucional.

Es así, que en su interacción confluye la estabilidad en el empleo como principio y derecho fundamental, constituyendo la protección del trabajo un fin o valor orientador que delimita los contornos interpretativos de conceptos jurídicos indeterminados para mejorar su aplicación ante el despido.

2. Lo siguiente a dilucidar son las formas de protección. De qué modo se ampara, favorece y defiende el trabajo, o si se quiere en otros términos, cuáles son las condiciones necesarias que permiten su tutela. En resumidas cuentas, la definición del contenido esencial del derecho constitucional a la protección en estas materias.

Existe consenso constitucional en determinados aspectos, como el establecimiento de una remuneración por el trabajo realizado, condiciones de seguridad e higiene, limitación de la jornada laboral, derechos irrenunciables, limitación a la autonomía privada, pero poca claridad respecto del despido¹⁶⁶.

Esta cuestión es de suma importancia, ya que al incluir la tutela contra el *despido* como parte del contenido esencial de la garantía de la libertad del trabajo y su protección, implica reconocer la estabilidad laboral como un bien jurídico que la normativa laboral debe proteger.

Entonces, ¿cuál es el contenido del modelo de garantías y protección contra el despido?, ¿cuáles son sus estándares y principios mínimos reguladores?. Creemos que las respuestas deben encontrarse en normas mínimas consensuadas por la comunidad internacional, toda vez que la vocación del derecho del trabajo tiende a su universalidad e internacionalización¹⁶⁷.

Adquiere aquí relevancia la referencia a las disposiciones y principios del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Recomendación 166, que

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 176, 177 y 178.

¹⁶⁶ Solo Nogueira y Silva se han pronunciado expresamente en el sentido que la garantía constitucional protege al trabajador del “despido abusivo” y “la estabilidad de la fuente de trabajo”.

¹⁶⁷ BARBAGELATA, Hugo El derecho universal del trabajo, IUS LABOR, Revista de la Facultad de Derecho, N°. 31, 2011 (Ejemplar en homenaje al Profesor Oscar Ermida Uriarte).

constituyen una pauta en razón de su calidad de normas mínimas internacionales¹⁶⁸. Tales instrumentos limitan el despido en sus diversas variantes, estableciendo modalidades transversales de protección reconocidas y consensuadas por la comunidad internacional. En este plano compartimos la posición que estima que en nuestro país la exigibilidad y aplicación del Convenio -y correlativamente su Recomendación-, no está supeditada a su ratificación, pudiendo aplicarse directamente por consecuencia del *ius cogens* y el *bloque de constitucionalidad*; posibilitando a los jueces nacionales, de manera directa, realizar un control de conformidad del ordenamiento nacional respecto de las normas internacionales¹⁶⁹.

Estos instrumentos internacionales contemplan garantías y derechos que podrían ser agrupados y resumidos en: (1) derecho a la justa causa de despido¹⁷⁰; (2) derecho a un procedimiento previo al despido por motivos disciplinarios¹⁷¹; (3) derecho a la impugnación del despido ante un organismo neutro¹⁷²; (4) derecho a una indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos¹⁷³; (5) facilidades instrumentales de consulta e información de los representantes de los trabajadores¹⁷⁴.

En esta determinación del contenido esencial de protección, tendrán - también - particular relevancia los instrumentos de tutela diseñados por el derecho comparado, los que, como bien resume Rojas, fijan un estándar mínimo de protección que se expresa en el establecimiento de: (1) un sistema causal que excluye el despido arbitrario y un procedimiento que requiere un preaviso, que posibilita su impugnación judicial; (2) 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; (3) la consecuencia de efectos especiales cuando se han lesionado derechos fundamentales, como es la nulidad del despido; (4) la autorización judicial previa a la terminación del contrato de trabajo; (5) la consulta y/o audiencia a la representación de la organización de los trabajadores; (6) el requerimiento de comunicación y autorización de la autoridad administrativa y la consulta obligatoria a la representación de las organizaciones de trabajadores frente a los despidos colectivos; (7) la representación a la organización de trabajadores como también acreditación de la directa incidencia de la causa en la terminación del contrato de trabajo¹⁷⁵.

3. A partir de los principios y normas consensuadas por la comunidad internacional, es posible construir los estándares mínimos de tutela que conforman el contenido esencial de la garantía de protección al trabajo, en su vertiente de tutela contra el *despido*:

¹⁶⁸ ROJAS MIÑO, Irene. (2013). La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno, ob.cit., p. 111.

¹⁶⁹ ARELLANO, P. (2017), "Causales de término de la relación de trabajo y el convenio núm. 158 de la OIT: el desahucio y la exigencia de motivación de la causal", ob.cit., p. 59 y ss.

¹⁷⁰ Artículos 4 al 6 de la Convenio 158 y párrafo 5, 6 y 7 de la Recomendación 116.

¹⁷¹ Artículo 7 del Convenio 158 y los párrafos 7, 8, 9, 10, 11 y 13 de la Recomendación 116.

¹⁷² Artículos del 8 al 11 del Convenio 158 y los párrafos 14 y 15, 16 y 17 de la Recomendación 116.

¹⁷³ Artículo 12 del Convenio 158.

¹⁷⁴ Artículos 13 y 14 del Convenio 158 y párrafos 20 a 26 de la Recomendación 116.

¹⁷⁵ ROJAS MIÑO, Irene (2014). La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido, ob.cit., pp. 94-101.

a) *Derecho a la justa causa de despido*: parte esencial de la garantía de protección del *despido* es la existencia de una justa causa de despido, constituida por la delimitación clara y específica de supuestos habilitantes sustantivos, que diferencie causas objetivas, disciplinarias y económicas, y que a su vez, para asegurar su eficacia, posibilite su impugnación y control de la legalidad, adecuación y proporcionalidad por la vía judicial.

Dicha garantía incorpora la prohibición al legislador de diseñar normativamente un modelo libre determinación de la relación de trabajo, que en su versión más extrema posibilita la más amplia autonomía para despedir a un trabajador, en el momento que estime conveniente, sin expresar razón alguna¹⁷⁶.

b) *Garantías procedimentales*: Integran el contenido mínimo de protección las garantías de orden formal o procedimental. Se asocian a una regulación adjetiva del despido que contemple la definición de la oportunidad de ejercicio, forma de comunicación de los hechos que justifican la medida extintiva, derecho a defensa previa a la ejecución del despido en las hipótesis disciplinarias.

c) *Indemnizaciones por término de contrato*: El legislador debe contemplar un modelo de reparación basado en los efectos que produce el despido, lo que se expresa en la configuración de un cúmulo de indemnizaciones: indemnización de salario diferido, indemnización por antigüedad e indemnización como sanción.

d) *Limitaciones a la autonomía de la voluntad*: el diseño de protección contra el despido conlleva una serie de limitaciones a la *autonomía de la voluntad* que se conjuga con otras instituciones diseñadas por el derecho del trabajo, en especial, los principios de protección, irrenunciabilidad de derechos y primacía de la realidad.

En este contexto, rige un limitación gravitante a la autonomía de las partes, que se expresa en el “principio de indisponibilidad tipológica”, que en su versión clásica indica que las causas justas de despido sólo pueden ser establecidas por el legislador y no por las partes¹⁷⁷.

Este principio también proyecta excluir otros aspectos en que la autonomía de la voluntad se vuelve definitiva en la extinción del contrato de trabajo, como la calificación de gravedad de los incumplimientos contractuales y las conductas que los configuran, la definición de las hipótesis económicas que configuran justa causa y la temporalidad objetiva de extinción de los contratos como causal de despido; las cuales deben ser ponderadas y resueltas por los tribunales de justicia, ya que de otro modo se estaría autorizando a las partes y en particular al empleador, a determinar indirectamente motivos causales de terminación del contrato.

II.3. TERCERA DIMENSIÓN: LA AUTONOMÍA COLECTIVA Y EL CONTROL DEMOCRÁTICO DE LOS PODERES EMPRESARIALES.

Teniendo en cuenta la insuficiencia del modelo normativo de fuente legal y de orden individual ante la problemática del despido, hemos decidido apostar por la regulación

¹⁷⁶ WALKER ERRAZURIZ, F. (2003), *Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo*, Editorial Universitaria, Santiago, p. 347.

¹⁷⁷ GAMONAL, S. y GUIDI C. (2011) *Manual del Contrato de Trabajo.*, pp. 227 y ss.

colectiva como solución al ejercicio irrestricto los poderes empresariales al momento de poner término al contrato de trabajo, mediante instrumentos de regulación emanados de la autonomía colectiva.

Para alcanzar tal fin estructuraremos esta tercera dimensión desde la posibilidad de disposición de regulación del Despido como expresión del Poder de Dirección y Disciplinario, en relación con la extensión del objeto de Negociación Colectiva en Chile.

1) Sobre el objeto de la negociación colectiva en Chile.

1. En lo referido al contenido de la negociación colectiva se debe tener en consideración que el ordenamiento jurídico chileno establece expresamente las materias negociables, fijando incluso prohibiciones¹⁷⁸.

En nuestro país, el objeto de la negociación colectiva se ha centrado en una visión restrictiva de la misma¹⁷⁹, reducida principalmente a condiciones comunes de trabajo y remuneraciones en un tiempo determinado. Cuestión que se ha mantenido en el tiempo, conservando la actual legislación lo que sus antecesoras ya señalaban¹⁸⁰.

Situándonos en el plano sustantivo de las relaciones colectivas de trabajo, las regulaciones que han modelado el sistema de autonomía colectiva fueron impuestas durante la dictadura cívico militar. En tal periodo, como indica ROJAS¹⁸¹, se rigidiza al máximo el Derecho Colectivo del trabajo, limitando el poder de la organización laboral, ya sea como expresión de sus reivindicaciones directas o como expresión sociopolítica en representación de los sectores laborales. Ahora, en concreto, respecto de las materias objeto de negociación colectiva, fija y mantiene un contenido limitado de esta, acotándolas a las condiciones de trabajo con un contenido pecuniario y a beneficios asistenciales e ignorando el objetivo último de la negociación colectiva, esto es, la democratización de las relaciones laborales¹⁸².

2. En este hostil escenario, observamos que el actual artículo 306 del Código del Trabajo, establece un catálogo sobre las materias a negociar y las que no. Se indica expresamente la prohibición que “no serán objeto de la negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma”, manteniéndose una de las limitaciones en el objeto de la negociación colectiva heredada del Plan Laboral¹⁸³.

¹⁷⁸ Actualmente artículo 306 del Código del Trabajo.

¹⁷⁹ ROJAS MIÑO, Irene. El Derecho del Trabajo en Chile. Su formación histórica y el control de la autonomía colectiva. Thompson Reuters, 2016, Santiago, pp. 99 y ss. CAAMAÑO ROJO, E. (2008), Las materias objeto de negociación colectiva y libertad sindical: el fantasma de los “Chicago Boys” a 30 años del Plan Laboral”, en Revista de Estudios Laborales de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 3, pp. 128 y ss.; CAAMAÑO ROJO, E. y UGARTE CATALDO, J.L., Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico, 2010, Santiago, Legal Publishing, p. 53 y ss.

¹⁸⁰ IRURETA URIARTE, P., “El instrumento colectivo en la reforma laboral de 2016”, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 7, N° 14, 2016, pp. 13-37, p. 22.

¹⁸¹ ROJAS MIÑO, Irene, Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral, en Revista Ius et praxis, año 13, N°2, p. 201, 206 y 207.

¹⁸² *Ibíd.*, p. 212.

¹⁸³ Si bien la ley la ley 10.069 de 1990, estableció modificaciones sustantivas al catálogo de materias permitidas y prohibidas fijadas en el D.L N° 2.758, se mantuvo la regla principal de prohibición. Sobre el punto: CAAMAÑO ROJO, E. (2008), Las materias objeto de negociación colectiva y libertad sindical: el fantasma de los “Chicago Boys” a 30 años del Plan Laboral”, *ob.cit.*, pp. 130 y ss.

Creemos necesario esclarecer el alcance de dicha prohibición en relación a las materias que sí están permitidas negociar y, en cierta medida, la verdadera extensión de la limitación a la negociación colectiva, entendida ésta como núcleo esencial de la libertad sindical.

En primer lugar, nos centraremos en los posibles contenidos. La reforma laboral de 2016, en el mensaje de su proyecto de ley, planteó como finalidad que se reconozca una amplia libertad y autonomía a las partes para negociar y establecer acuerdos sobre otras materias propias de la organización del trabajo, más allá de las condiciones comunes de trabajo y las condiciones remuneracionales, eliminando las restricciones que actualmente existen respecto de los temas que pueden ser objeto de la negociación colectiva. Indicaba además, que la negociación colectiva debe permitir que los actores de la relación laboral puedan acordar todas las materias que son de interés común, imponiendo los límites necesarios para que dichos acuerdos no signifiquen vulneración o afectación de sus derechos fundamentales. En la medida que las partes posean una posición equivalente, la legislación debe posibilitar un marco de diálogo y entendimiento amplio, sin establecer obstáculos para el ejercicio de la voluntad colectiva¹⁸⁴.

Normativamente, cabe señalar que el artículo 306 del Código del Trabajo, establece como materias de la negociación colectiva aquellas que importan un “interés común” entre las partes, que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores. El concepto de interés común “es sumamente amplio” y puede entenderse, como indica la doctrina, como el conjunto de derecho, obligaciones, facultades, potestades y deberes propios de las relaciones individuales y aun colectivas, referidas a materias que benefician o afectan a todos los trabajadores que negocian, tales como condiciones sociales o beneficios de quienes realizan el trabajo y que no tiene por objeto aumentar beneficios económicos¹⁸⁵.

En dicho escenario, por efecto normativo, las negociaciones podrán incluir acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, el ejercicio de la corresponsabilidad parental, planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad, acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, mecanismos de solución de controversias, entre otros.

Lo anterior debe necesariamente vincularse con el artículo 2º del Convenio 154 de la OIT¹⁸⁶ y la Recomendación N° 91 de 1951¹⁸⁷, que al definir Negociación Colectiva otorgan un amplio concepto de la misma, indicando que dentro de las materias a negociar, se encuentra la fijación de condiciones de trabajo y empleo; la regulación de las relaciones entre empleadores y trabajadores; y la regulación de las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores.

En resumen, como reconoce la doctrina al analizar en concreto la disposición de contenido de la negociación colectiva en la reforma de 2016, podemos asumir que su ámbito regulatorio es amplio, en el sentido que no sólo contendrá condiciones de remuneración,

¹⁸⁴ Historia de la Ley N° 20.940, Mensaje de fecha 29 de diciembre, 2014, pp. 9 y ss.

¹⁸⁵ CAAMAÑO ROJO, E. (2008), Las materias objeto de negociación colectiva y libertad sindical: el fantasma de los “Chicago Boys” a 30 años del Plan Laboral”, ob.cit., p. 129; CAAMAÑO ROJO, E. y UGARTE CATALDO, J.L., Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico, ob.cit., p. 53.

¹⁸⁶ Cabe hacer presente que este no integra nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de constituir una pauta en razón de su calidad de norma mínima internacional.

¹⁸⁷ Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91). Recomendación sobre los contratos colectivos Adopción: Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951).

beneficios y trabajo, sino también, “cualquier tipo de estipulaciones debidamente acordadas, siempre y cuando estén especificadas”, lo cual abre “las alternativas de los negociadores”, permitiendo incorporar “otro tipo de estipulaciones”¹⁸⁸.

3. En segundo lugar, debemos preguntarnos por el alcance de la prohibición de negociación¹⁸⁹. Según la doctrina de la época *-aunque ya en un contexto relativamente más contemporáneo-*, la prohibición se circunscribe a regulaciones que “atentan contra la esencia de la función y responsabilidad propia del empleador” en el marco de dirección y administración de la empresa, ya que “penetrar en ellas equivale a desposeer a la contraparte en la negociación y, por la inversa, procurar que los trabajadores asuman responsabilidades de empleadores. Esos intentos desvirtúan el proceso el proceso de negociación colectiva, que se ha establecido para negociar condiciones entre empleador y trabajadores, y no para que uno y otros dejen de ser lo que son”¹⁹⁰.

La opción del legislador es criticable, en tanto explicita un desequilibrio en la forma de tutelar los intereses de los actores sociales, estableciendo un privilegio a favor de los empleadores que supone reconocer un límite infranqueable de materias reservadas exclusivamente a su ámbito decisonal, lo que, desde una óptica neoliberal, representa un principio irrenunciable en aras de la promoción de la libertad de empresa y del respeto irrestricto del derecho de propiedad¹⁹¹.

En este punto sostenemos que una correcta interpretación es aquella que entiende dicha limitación como una norma de excepción, y por lo mismo, de alcance limitado, que no desnaturalice el contenido esencial de la Libertad Sindical como expresión democrática y garantía de libertad. De otra forma, extender su alcance u otorgarle un carácter amplio, contravendría al texto constitucional, en la medida que limita la esencia de un derecho fundamental.

Recordemos que Libertad Sindical es un derecho humano esencial¹⁹², constitutivo de una libertad civil y política¹⁹³, cuyo contenido esencial es el derecho de sindicalización (faz orgánica) y el derecho a hacer valer los intereses colectivos de los trabajadores organizados, mediante la acción reivindicativa y participativa, que se canaliza a través del ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga (faz funcional)¹⁹⁴.

2) Sobre la posibilidad de disposición de la regulación colectiva del despido en Chile.

1. Corresponde ahora interrogarnos y responder, cómo y dónde se materializa el origen y explicación técnica jurídica de la dirección, control y disciplina en la empresa; y cuál es su

¹⁸⁸ IRURETA URIARTE, P., “El instrumento colectivo en la reforma laboral de 2016”, ob.cit., p. 23.

¹⁸⁹ Artículo 306 inciso 4º del Código del Trabajo.

¹⁹⁰ THAYER, William y FUENZALIDA, Patricio, Manual de Derecho del Trabajo. Sindicatos y negociación colectiva. Los convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación chilena. Toma II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 66 y 67.

¹⁹¹ CAAMAÑO ROJO, E. y UGARTE CATALDO, J.L., Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico, ob.cit., pp. 54 y 55.

¹⁹² GAMONAL, S., Derecho Colectivo del Trabajo, ob.cit., p. 62.

¹⁹³ CAAMAÑO ROJO, E. y UGARTE CATALDO, J.L., Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico, ob.cit., p. 15.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, p. 15.

encuadre dentro de la limitación o prohibición de objeto de las materias susceptibles de negociación colectiva en Chile.

Como ya observamos, la prohibición impuesta por la ley se centra en aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa. En otros términos, lo limita a aquellas que tiendan a planificar, estructurar, ordenar y disponer la forma, modo y organización del trabajo, que términos jurídicos evoca al Poder de Dirección.

La finalidad de tal prohibición se centra en las limitaciones que atenten contra la esencia de la función y responsabilidad propia del empleador, que lo despojen de las facultades de dirección y administración, y en su reverso, sobre aquello que procure que los trabajadores asuman responsabilidades de empleadores.

2. Por lo anterior, diferenciaremos a partir de la principal distinción de las hipótesis de despido:

a) Respecto del Despido Disciplinario.

1. La prohibición del artículo 306 del Código del Trabajo debe ser interpretada como una norma de excepción, y por lo mismo, de alcance limitado, circunscrita a los atributos propios de Poder de Dirección, excluyendo las facultades de corrección que se enmarcan en la idea del Poder Disciplinario, entendido como una potestad empresarial autónoma, con fundamento, finalidades y objetivos propios¹⁹⁵

El Poder de Dirección busca disponer del trabajo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizado el trabajo en la empresa, contemplando funciones de orden e instrucción como también de decisión en la organización empresarial¹⁹⁶. El Poder Disciplinario, en cambio, busca imponer sanciones producto de la conducta del trabajador en la empresa¹⁹⁷. Su diferencia no es formal sino de objeto, donde el primero impone órdenes y el segundo sanciones¹⁹⁸, por lo que “no puede subsumirse uno bajo el otro”¹⁹⁹.

Así las cosas, la Potestad Disciplinaria no forma parte del Poder de Dirección, sino que constituye una facultad con un régimen jurídico diferenciado, que tiene sustantividad y autonomía, siendo ambos poderes diferentes pero con funciones complementarias²⁰⁰. El empleador sólo podrá recurrir al Poder Disciplinario cuando las medidas de dirección no sean idóneas o suficientes para alcanzar su fin, de manera que su ejercicio será justificado cuando el poder de administración resulte quebrantado o insuficiente para mantener el orden (poder de ultima *ratio*²⁰¹).

¹⁹⁵ Sin perjuicio de lo anterior existen divergencias doctrinarias respecto de la autonomía del Poder Disciplinario en diferenciación con el Poder de Dirección. Sobre el punto ver MONTOYA MELGAR, Alfredo (1965), El poder de Dirección del Empresario. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Tecnos, p. 113; MORATO GARCÍA, Rosa (2011), Derecho de Resistencia y ejercicio irregular del poder de Dirección, Granada Comares, pp. 46 y ss., TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías (Valencia, Tirant lo Blanch, 2004), p.19.

¹⁹⁶ MONTOYA MELGAR, Alfredo (1965), El poder de Dirección del Empresario, ob.cit., p. 44.

¹⁹⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F, El poder disciplinario en la empresa, ob.cit., p. 68.

¹⁹⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo (1965), El poder de Dirección del Empresario, ob.cit., p. 143

¹⁹⁹ FERNÁNDEZ TOLEDO, R., El Poder Disciplinario del Empleador, ob.cit., p. 45.

²⁰⁰ POQUET CATALÁ, Raquel (2013), El actual poder de dirección y control del empresario, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, p. 32.

²⁰¹ FERNÁNDEZ TOLEDO, R., El Poder Disciplinario del Empleador, ob.cit., p. 46.

Diremos más, la doctrina nacional²⁰² al pronunciarse expresamente sobre los cuerpos normativos en los cuales pueden tipificarse las conductas sancionables en marco del ejercicio del poder disciplinario, señala que si bien la prohibición de objeto de negociación colectiva puede eventualmente alcanzar aspectos de este poder de corrección, no lo afecta en su integridad, ya que la norma “solamente prohíbe que el ejercicio concreto de imponer sanciones no pueda ser compartido por el empleador con organizaciones sindicales o grupos de trabajadores, radicándose solamente en el empleador la posibilidad de imponer sanciones a sus dependientes, no pudiendo la misma ser objeto de la negociación colectiva”²⁰³.

2. Dicho esto, es necesario analizar la posibilidad de que instrumentos colectivos fruto de la negociación colectiva, establezcan un marco regulatorio en materia de Despidos Disciplinarios. Dicha tarea requiere que, en un comienzo, estribemos en la discusión sobre su naturaleza jurídica.

La primera cuestión remite a la discusión clásica entre las teorías institucionalistas y contractualistas respecto origen de la potestad correctiva. Sobre este punto se erige una tercera propuesta que atribuye como fundamento del poder disciplinario a diversas fuentes heterónomas de regulación, tales como la ley y la negociación colectiva, las cuales integran y complementan el contenido del contrato de trabajo²⁰⁴.

En este contexto, se debe distinguir entre el contenido y el objeto del contrato de trabajo. El primero resulta de una pluralidad de fuentes y, el segundo, corresponde a la prestación laboral en una forma determinada²⁰⁵. La diferencia se encuentra en que en el objeto del contrato, mediante la prestación laboral, se pretende alcanzar el fin económico-social del mismo y, por el contrario, en el contenido del contrato, lo central será la regulación que éste determina, esto es, el conjunto de cláusulas que las partes prevén o que se insertan en el contrato en virtud de una fuente de integración del mismo²⁰⁶.

En materia laboral, el objeto del contrato de trabajo se circunscribe a la prestación de servicios subordinada, siendo trabajar bajo las órdenes del empleador la obligación característica en la ejecución del contrato de. No obstante, los poderes de dirección y reglamentario permiten imponer al trabajador obligaciones que exceden el objeto contractual, ampliando el deber básico de trabajar de forma subordinada, lo anterior debido a que el trabajo que se ejecuta en una organización, en el que interactúan diversas personas, adquieren relevancia instrumentos no contractuales de regulación en cuanto a la forma de ejecución de la prestación. Así, existen ciertas obligaciones, deberes y prohibiciones que no son contractuales, sino que devienen del hecho de la pertenencia a una organización productiva y la regulación legal existente²⁰⁷.

De este modo, el interés organizativo desborda el ámbito del objeto contractual, siendo más amplio que la suma simple de las relaciones individuales de subordinación que unen al empresario con cada uno de los trabajadores Y al tener una dimensión colectiva, encuentra su fundamento en fuentes heterónomas al contrato, como la ley y la negociación colectiva, lo cual amplía y especifica las obligaciones que se derivan del hecho de prestar

²⁰² *Ibíd.*, pp. 69 y 70.

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ GIL Y GIL, J.L., Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa, *ob.cit.*, p. 49.

²⁰⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma, El poder disciplinario y la negociación colectiva, *ob.cit.*, p. 6.

²⁰⁶ GIL Y GIL, J.L., Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa, *ob.cit.*, p. 50.

²⁰⁷ *Ibíd.*, p. 53.

servicios a otra persona²⁰⁸; lo que dependerá del reconocimiento como fuente formal otorgado por cada ordenamiento jurídico.

En la misma línea “el fundamento unitario de los poderes del empresario no puede ser nunca el contrato, sino una fuente heterónoma de integración del mismo”²⁰⁹, que en los hechos establecen obligaciones que complementan su contenido. Así, el empresario ejerce un poder único, en el que la organización en que participa el trabajador no es la fuente de la relación laboral ni la fuente de obligaciones y poderes autónomos, sino que es un criterio de especificación y extensión del contenido del contrato de trabajo²¹⁰.

La segunda línea de justificación se complementa con la anterior, pero se centra en el desarrollo histórico y tipológico del control organizacional y las lógicas disciplinarias, como también en las funciones políticas y jurídicas del Derecho del Trabajo, en las que la negociación colectiva y la ley son las únicas fuentes de regulación y fundamento del Poder Disciplinario.

El conflicto y cambio son aspectos “inseparables de las relaciones industriales”²¹¹, al ser consecuenciales del modelo de sociedad en el que se producen²¹², y por cuanto sus actores pertenecen a clases con intereses y expectativas diferenciadas²¹³, donde los trabajadores se encuentran en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores, en que la defensa de sus objetivos no se basa en fórmulas de composición de intereses o de colaboración, sino de autodefensa²¹⁴.

Esta dinámica de conflicto, immanente en las relaciones de trabajo, determina que la disciplina y su proyección jurídica, se constituyan como una estrategia múltiple y compleja, dirigida a conseguir la adecuación productiva del comportamiento de los trabajadores²¹⁵. Ésta, al no centrarse exclusivamente a una forma y método objetivo, sino que en una función de articulación y dominación política y social²¹⁶, determina que el proceso, producción y lugar de trabajo, sea un permanente terreno en disputa de intereses contrapuestos²¹⁷.

De este modo, la coacción y consentimiento determinan que su regulación y condiciones vengan de su propia autonomía o bien desde el Estado como regulador y encauzador del conflicto social, siendo determinante la posibilidad que las partes, en el ejercicio de su autonomía colectiva, definan el alcance de las formas de ejercicio de la disciplina y control en la empresa que distribuya y normalice las relaciones de poder y contrapoder²¹⁸.

²⁰⁸ GIL Y GIL, J.L., Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa, ob.cit., p. 53

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ MENGONI, Luigi (1965), “le contrato de travail en droit italien” en VVAA., *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la CECA*, Luxembourg, pp. 420-521, p. 496, citado por GIL Y GIL, J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, ob.cit., p. 54.

²¹¹ HYMAN, R. (1981) *Relaciones industriales: una introducción marxista*, Blume, Madrid, p. 38.

²¹² KAHN-FREUND, O. (1987) *Trabajo y Derecho*, 3a edición, trad. Jesús M. Galiana Moreno, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, p. 65.

²¹³ KAHN-FREUND, O. (1987), *Trabajo y Derecho*, ob.cit., p. 112.

²¹⁴ BAYLOS GRAU, A. (2009) *Sindicalismo y Derecho Sindical*. Albacete: Editorial Bomarzo, 94 pp., pág. 11.

²¹⁵ DE GAUDEMAR, J.P., *La movilización general*, La Piqueta, Madrid, 1981, p. 85.

²¹⁶ FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2002, pp. 141 y 142.; FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, ob.cit. pp. 128 y ss., pp. 132 y ss. DE GAUDEMAR, J.P., *El orden y la producción, nacimiento y forma de la disciplina de fábrica*, Madrid, Ed. Trotta, 1991, p. 42 y ss.

²¹⁷ EDWARDS, R (1979), *Contested Terrain*. New York: Basic Books, p. 16.

²¹⁸ BAYLOS, A. (1991), *Derecho del Trabajo. Un modelo para armar*, ob.cit., pp. 164 y ss.

La idea de la participación en la empresa no es otra cosa que el debate sobre “la distribución efectiva de las relaciones de poder en la misma”, una relación en la que se enfrenta poder contra poder; en definitiva, democracia “como núcleo del problema”. En la empresa siempre habrán quienes mandan y quienes obedecen, en la cual no existe posibilidad de cambio, una relación permanente entre gobierno y oposición, “poder sin alternativa, contrapoder que nunca puede sustituirlo”, en la se describe un antagonismo radical cuya solución resulta, en la derrota permanente de una de las partes y la enunciación de un sistema de distribución de competencias²¹⁹.

Así, desde un punto de vista tradicional para el Derecho del Trabajo, el contrapoder en la democracia industrial o de participación en la empresa, se resuelve “en un procedimiento de co-determinación de reglas”, que comprende un conjunto de instrumentos típicos de la autonomía colectiva, que buscan imponer un sistema común de normas en el ámbito organizacional laboral²²⁰.

De esta forma, no existe mayor inconveniente en reconocer la posibilidad de regulación del poder disciplinario por la autonomía colectiva en un contexto de negociación colectiva, que logre racionalizar y procedimentalizar las hipótesis de despido disciplinario establecidas en la ley. En este punto se abre a interrogante sobre la extensión de estas limitaciones.

3. En un plano concreto, con la idea de generar resumidamente una sistematización unitaria de las posibilidades de regulación de ejercicio del despido disciplinario, indicaremos algunas ideas generales, centrándonos en dos aspectos: la eliminación y la limitación de los supuestos habilitantes sustantivos de despido subjetivo.

La primera posibilidad en el marco teórico propuesto, es que Sindicato y Empleador establezcan de común acuerdo y mediante instrumentos colectivos, la disposición de las causales de despido disciplinario, en el sentido de eliminar determinados factores causales que configuren una hipótesis de justa causa de término de la relación laboral.

La primera objeción a tal planteamiento será doctrinaria. Esto, porque las causales de despido son normas de orden público y de indisponibilidad absoluta. No obstante, dicha clasificación es estéril, en la medida que la irrenunciabilidad se define a partir de los efectos que produce en la posición jurídica del trabajador y *no a priori*, por lo que si la disposición de tales supuestos habilitantes causantes del despido sanción conlleva un beneficio para el trabajador, esta será lícita y por el contrario, si agrava su posición jurídica o le genera un perjuicio, será ilícita.

Estimamos que no se ve afectado ni desnaturalizado en medida alguna el ejercicio del Poder Disciplinario del empleador, ya que no existe una limitación esencial. Sólo se dispone de algunas de las hipótesis del despido como sanción y no se priva de la posibilidad de aplicar otras medidas disciplinarias, más aún cuando el cuadro tipológico de sanciones está integrado por otras causas de medidas correctivas, tanto extintivas como conservativas del contrato de trabajo, permitiéndose por tanto, seguir aplicando su poder disciplinario como acto de autotutela y bajo la forma de derecho potestativo.

Es más, la abdicación de algunas de las causales de despido disciplinario, no afecta el resto de los poderes jurídicos en la administración y organización, tampoco deriva en otros una responsabilidad propia de la titularidad en la empresa, ya que el empleador sigue

²¹⁹ BAYLOS, ANTONIO, “Control obrero, democracia industrial, participación”, ob.cit., p. 166 y ss.

²²⁰ *Ibid.*, p.169.

contando con el resto de los poderes empresariales como el de dirección, reglamentación y el mismo poder disciplinario en sus otras variantes.

Una segunda posibilidad dentro del esquema indicado, es que las partes, esto es, Sindicato y Empleador, establezcan de común acuerdo y mediante instrumentos colectivos, la delimitación de algunos supuestos causales de despido disciplinario.

Sobre el punto creemos que tal situación es posible debido a que la configuración causal dada por nociones o conceptos jurídicos indeterminados en materia de despido “generan inseguridad jurídica y desfavorecen la posición de los más interesados en la plena justificación de las medidas extintivas como son los trabajadores”²²¹, por lo cual sería posible que se delimite o esclarezca la forma de aplicación de algunos supuestos causales de una clara textura abierta y contenido indeterminado.

No obstante tal delimitación tiene restricciones. El principio de indisponibilidad tipológica, se proyecta también en excluir aspectos en que la autonomía de la voluntad se vuelve definitoria en la extinción del contrato de trabajo, como en el caso de la calificación de gravedad de la conducta, la que debe ser ponderada y resuelta por los tribunales de justicia, ya que de otro modo se estaría autorizando a las partes y en particular al empleador, a determinar indirectamente motivos causales disciplinarios de terminación del contrato.

De esta forma, la posibilidad de delimitación de las causales de despido debe orientarse a otorgar certeza respecto de la aplicación o no de un supuesto habilitante sustantivo de despido disciplinario, prohibiéndose la posibilidad de ponderación contractual de la gravedad de la conducta a sancionar, ya que en los hechos, significaría ampliar el campo de las causales de terminación del contrato de trabajo.

b) Respecto de los Despidos Económicos.

1. Sobre los Despidos Económicos el problema será un poco más complejo, debido a que las limitaciones que impone la ley se circunscriben al Poder de Dirección, potestad empresarial en que se justifica y fundamenta esta variante de terminación del vínculo laboral, entendida como parte del contenido esencial de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica como presupuesto de la libertad contractual del empleador²²².

Dicho esto, si la limitación del artículo 306 del Código del Trabajo se refiere al Poder de Dirección, que a su vez comprende el poder para despedir por motivos económicos en un sentido amplio, ¿podrá regularse o limitarse tal poder por parte de la autonomía colectiva?.

En este escenario abierto, asume nuevamente relevancia la referencia a las disposiciones y principios del Convenio 158 y la Recomendación 166 de la OIT,

²²¹ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNANDEZ AVILES, J.A, “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en Presente y futuro de la regulación del despido, Aranzadi, Madrid, 1997, p. 172.

²²² Sobre el punto ver BRAVO, Milagros, Estrategias empresariales y extinción colectiva de los contrato de trabajo, editorial reus, Madrid, p. 123, DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo, “Poder empresarial: fundamento, contenido y límites”, en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 27, 1986, p. 328, LUQUE PARRA, Manuel, Los límites jurídicos de los poderes empresariales, Bosch Editor, 1999, Madrid, pp. 29 y ss; MONTOYA MELGAR, Adolfo, El poder de Dirección del Empresario, Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, Madrid., 1965, pp. 89 y ss.; MARTÍN RIVERA, Lucía, El despido objetivo por necesidades de la empresa, Editorial Reus, Madrid, 2008, pp. 70 y ss. En Chile ven términos amplios LIZAMA, L. (2005). Derecho del Trabajo, ob.cit., p. 78 y con mayor detalle IRURETA URIARTE, P.. (2013), El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa, Estudios constitucionales, vol, 11 N°2, pp. 369-424.

constituyentes de una pauta obligada en estas materias, en razón de su calidad de normas mínimas internacionales. Ambos instrumentos internacionales contienen normas y principios en materia de terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, los cuales expresamente permiten su configuración y desarrollo normativo a través de instrumentos colectivos frutos de la autonomía colectiva.

Sobre el particular, será central la institución del Despido Colectivo. En esta variante de extinción se exigen limitaciones cuantitativas y temporales de concreción al empleador, junto una causa calificada de despido que obedezca a causas económicas. De igual forma intervienen en su desarrollo organizaciones sindicales y poder públicos en distintos niveles.

En este tipo de despido la autonomía colectiva y el intervencionismo público son elementos normativos que se han predisuestos para organizar el sistema de equilibrios de poder en la empresa, en el que los controles sociales y públicos permiten la configuración de relaciones laborales más democráticas. De esta forma, las relaciones individuales de trabajo quedan enfrentadas con los mecanismos de poder jurídicamente constituidos y legitimados para intervenir y hacer valer sus respectivos intereses en los procesos de reorganización empresarial²²³.

Estas limitaciones han sido consensuadas por la comunidad internacional, institucionalizándose en distintos niveles y formas, en que el eje central viene dado por un enfoque superador de la facilitación del despidos, siendo determinantes las formas de protección sociolaboral consensuadas²²⁴ y la intervención de los representantes de los trabajadores, quienes participan en el control efectivo de la arbitrariedad empresarial²²⁵.

2. En este punto creemos que la respuesta a la interrogante inicial es afirmativa, siendo posible la regulación por la vía colectiva de los despidos económicos.

No hay una limitación sin justificación suficiente, arbitraria o desproporcionada. La finalidad perseguida en esta situación viene dada en tanto otorga mayores niveles de protección y tutela contra el despido, así como espacios para la democratización de las relaciones de trabajo; medidas y finalidades que no afectan en términos temporales y cuantitativos la esencia del poder de organizar, dirigir y administrar la empresa. Es más, la función y responsabilidad propia del empleador en el marco de dirección y administración de la empresa no se ve afectada, por cuanto no se le despoja de su poder para despedir por motivos económicos y no se procura que los trabajadores asuman responsabilidades en la extinción del contrato.

No vemos inconvenientes en que se incorporen regulaciones relativas a facilidades instrumentales de información y consulta a las organizaciones sindicales existentes, conjuntamente con limitaciones temporales y cuantitativas relativas a la oportunidad y cantidad de trabajadores a despedir. En ambos casos no existe afectación al despido como expresión del Poder de Dirección, quedando intacto el núcleo esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa, por cuanto sigue cumpliendo sus funciones y

²²³ ORTEGA LOZANO, Pompeyo, El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados, *Derecho de las relaciones laborales*, ISSN 2387-1113, N° 7, 2017.

²²⁴ MONEREO, J.L. (2015), El despido colectivo en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea y su incidencia en el derecho interno, *Temas Laborales* N° 130/2015, p. 316.

²²⁵ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2009), Informe sobre la regulación del despido en Europa, *Temas Laborales*, N° 99, p. 292.

finalidades, no se desnaturaliza y las limitaciones serán circunscritas a criterios claramente restringidos, que se encuentran en la penumbra del derecho a despedir.

Refuerza esta proposición su conjugación con la Libertad Sindical como Derecho Fundamental e instituciones determinantes en todo ordenamiento jurídico, como es la seguridad y certeza jurídica en un contexto de supuestos habilitantes de despido flexibles y de contenido indeterminado como las necesidades empresariales.

3. Por lo anterior creemos posible pactar en un instrumento colectivo etapas previas de consulta e información a las organizaciones sindicales, cuando el empleador prevea la introducción de cambios empresariales que tengan como consecuencia la terminación del contrato laboral de un número importante de trabajadores.

Así, podrá pactarse que el empleador 1) proporcione en tiempo oportuno a las organizaciones sindicales existentes, toda la información pertinente sobre los cambios previstos y sus posibles repercusiones; 2) consulte a las organizaciones sindicales de los trabajadores posiblemente afectados sobre la introducción de los cambios previstos, sus posibles repercusiones y las medidas para prevenir o atenuar sus efectos perjudiciales.

Adicionalmente, tampoco constituiría una infracción a la norma de prohibición de negociación colectiva el establecimiento de criterios de selección respecto de los trabajadores despedidos o sobre la determinación de prioridades de readmisión y contratación.

La Recomendación 116 de la OIT indica medidas para evitar o limitar al máximo las terminaciones, figurando entre éstas, la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo.

La recomendación permite adoptar medidas como la reducción temporal de la duración normal del trabajo en tanto mecanismo que evita o limita las terminaciones de la relación de trabajo debidas a dificultades económicas pasajeras, otorgando una compensación parcial por la pérdida de los salarios correspondientes a las horas normales no trabajadas, financiadas por el Estado.

Es definitorio en este sentido la determinación de criterios de selección de los trabajadores afectos a la terminación de su contrato, que tengan debidamente en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores.

Podrá también y con la misma finalidad, determinarse pautas para la readmisión de trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido por motivos económicos en un amplio sentido. Tales pautas consisten en la posibilidad de ser readmitidos si el empleador vuelve a contratar trabajadores con calificaciones comparables, a condición de que hubieran indicado su deseo de ser readmitidos dentro de cierto plazo a partir de la terminación.

III. CONCLUSIONES.

A modo de conclusión indicamos lo siguiente:

1. El modelo de estabilidad en el empleo en Chile en relación con su causalidad, se caracteriza por la frágil temporalidad de su tipología contractual y la flexibilidad de los supuestos habilitantes de despido, estando definido por conceptos jurídicos indeterminado de textura abierta.

En general, debido a su configuración normativa, la protección contra el despido es sumamente precaria.

2. Sobre la base de lo anterior, proponemos un modelo constitucional que opte en términos políticos por el trabajo como un valor central, desplegándose como pilar modelador de los mecanismos de tutela contra el despido bajo el alero de la noción de la estabilidad laboral, proyectándose en una doble dimensión: como principio y como expresión del contenido esencial de un derecho fundamental.

En este contexto, la estabilidad en el empleo en sus dos matrices se impone como criterio de validez respecto del resto de las normas legales, de manera tal, que la contravención o incoherencia con su contenido por parte de las normas de inferior jerarquía, implica que tales reglas carecerán de validez.

Por su parte, en su rol como principio tendrá una función correctora y justificadora, tanto en la interpretación de un norma, como en la solución de antinomias normativas, guiando la aplicación del ordenamiento jurídico laboral al momento de resolver un conflicto de trabajo.

3. Por otro lado, teniendo en cuenta la insuficiencia del modelo normativo de fuente legal y de orden individual, creemos que la regulación colectiva se debe imponer como un mecanismo de solución al conflicto entre el ejercicio de los poderes empresariales y la estabilidad en el empleo.

En tal escenario de control democrático de los poderes empresariales respecto del despido disciplinario, creemos posible la posibilidad de delimitación de sus causales, la cual debe orientarse a otorgar certeza respecto de su aplicación, prohibiéndose la posibilidad de ponderación contractual de la gravedad de la conducta a sancionar o la creación convencional de causales de despido.

De igual forma, respecto de los despidos económicos, no vemos inconvenientes en que se incorporen regulaciones relativas a facilidades instrumentales de información y consulta a las organizaciones sindicales, conjuntamente con limitaciones temporales y cuantitativas relativas a la oportunidad y cantidad de trabajadores a despedir por motivos de naturaleza económica.

