

Las indemnizaciones por término de contrato ante el despido (*1)

Ponencia General en Tercer Panel, “Las indemnizaciones como instrumentos de protección ante el despido”, 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

Irene Rojas Miño (*2)

Introducción

El ordenamiento jurídico laboral en Chile establece tres indemnizaciones generales por término de contrato; a saber, por antigüedad, por sanción ante despido injustificado y por sanción agravada ante despido con lesión de derechos esenciales., asimismo la cuantía de la indemnización aumenta según cuál sea el tipo que la constituye. Además, proceden otras indemnizaciones por término de contrato de carácter específico, cuya base jurídica es la ley laboral o el ordenamiento en su conjunto¹.

Pues bien, desde hace un tiempo algunos sectores del país², y también extranjeros³, han demandado la modificación del sistema de indemnizaciones, lo que involucra, además del cambio de su régimen jurídico, su reducción e inclusive su supresión. Si bien estas demandas no identifican la indemnización, pareciera que comprenden las de carácter general o, a lo menos, la de antigüedad. El fundamento a dicho cuestionamiento plantea que la indemnización es un beneficio de seguridad social, específicamente ante el desempleo, y que en Chile no se estaría cumpliendo dicho objetivo toda vez que tiene una escasa

*1. Esta Ponencia ha sido elaborada en base a dos artículos de mi autoría: “La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno” *Revista de Derecho*, PUCV, XLI (2do Semestre 2013), pp.109-143; y “La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido”, *Revista Ius et Praxis*, U.Talca Año 20, N° 1, 2014, pp. 91 – 122.

+2. Irene Rojas Miño, Profesora de Derecho del Trabajo, Universidad de Talca.

¹ Primero, como indemnización eventualmente conjunta con la general está la sustitutiva del aviso anticipado de la terminación del contrato de trabajo, Segundo, como indemnizaciones alternativas a la general están la de trabajador de casa particular y la pactada a todo evento. Tercero, como indemnización independiente de la general está la que procede por término anticipado del contrato temporal, sea de plazo fijo o de obra. Cuarto, en base al derecho común, procede la indemnización por el daño moral causado con ocasión del despido.

² Entre otros, véase, COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD (comisión Asesora de la Presidenta Bachelet y que convocó a diversos especialistas), *Informe Final*, agosto de 2008, En: http://www.ciedessweb.cl/ciedess/attachments/article/76/informe_final_trabajo_equidad.pdf (visitado el 14 de agosto de 2013), pp. 73-74.

³ Véase: ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, OECD, *Reviews of labour market and social policies: Chile*, Ed. OECD, 2009, pp. 69. Al efecto, la OECD ha propuesto “...como parte de un paquete de reformas de mercado de trabajo de flexibilidad, Chile debería considerar abolir las regulaciones de pago de indemnizaciones, en consideración con su planeado mejoramiento de programa de SD —seguro de desempleo—. (...). Si el programa de desempleo no es suprimido, el monto máximo debería ser reducido sustancialmente para limitar el desincentivo de los empleadores a suscribir contratos de duración indefinida”.

cobertura⁴. Adicionalmente se han planteado los efectos perversos que generarían las indemnizaciones en el mercado de trabajo, de una parte, desincentivarían la movilidad laboral y el crecimiento de los salarios⁵.

Sin embargo, estas propuestas plantean serios problemas en cuanto, desde la perspectiva jurídico-laboral, confunden la naturaleza de la indemnización e ignoran tanto las diversas instituciones jurídicas que participan en la construcción de un sistema de terminación del contrato y de protección frente al despido, como las que intervienen en la configuración de un concreto sistema tal cual es el chileno⁶.

Precisamente, si bien cada uno de los diversos sistemas de terminación de contrato de trabajo tiene peculiaridades en su regulación, todos ellos se atienen a limitar o excluir el despido sin fundamento; es decir, el que sólo se basa en el arbitrio empresarial, sin perjuicio de atender con particulares instrumentos el que, de una parte, plantea un mayor reproche, tal cual es el despido con lesión a derechos fundamentales o, de otra, el que se ocasiona por motivos económicos.

Y ello porque las normas que regulan el sistema de terminación del contrato de trabajo —particularmente el despido en general (la terminación del contrato por iniciativa del empleador⁷) y el despido arbitrario en particular— definen la posición de las partes del contrato de trabajo y la posibilidad real del trabajador de exigir el cumplimiento de las normas laborales⁸. Como se ha señalado, “...en la medida en que el empresario pueda

⁴ COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD, cit., pp.77.

Este mismo argumento fue sostenido con anterioridad en como también con anterioridad en el Proyecto de Ley Sobre “Protección del Trabajador Cesante” Protrac, que fue enviado por el entonces Presidente de la República D, Eduardo Frei Ruiz Tagle; véase Mensaje n. 57-335, de 1997.

⁵ COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD, cit., pp. 79, quien señala al efecto, “En particular desincentivan la movilidad, elemento fundamental para la productividad, No menos importante, el esquema de indemnizaciones tiene efectos dinámicos en el nivel y forma de contratación de trabajadores y afecta la estructura de antigüedad con la que desea trabajar la empresa. También desincentivan el crecimiento de los salarios y llevan a empleadores a evitar contratos indefinidos de larga duración, para evitar el costo de la indemnización y de la litigación que pudiese producirse asociada al debate sobre su pago.”

⁶ Además atribuirían dudosos efectos que plantearía la institucionalidad laboral en el mercado del trabajo.

⁷ Sin perjuicio de los problemas “terminológicos” que plantea la expresión “despido”, tal como ya lo ha planteado la doctrina de Derecho comparado (por todos, DE BUEN, Néstor, *Derecho del Trabajo*, Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 83 ss), particularmente por la regulación legal sobre la terminación del contrato de trabajo (como señalan BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Ed. Trotta, Madrid España, pp. 25 ss), y a pesar del escaso análisis que existe sobre esta expresión en nuestro sistema de relaciones laborales, debemos acordar que “despido” corresponde al termino de contrato por iniciativa del empleador, cualquiera sea la causa de dicha terminación, y ello en base a lo establecido por el legislador laboral.

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

⁸ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, Jesús, *La regulación del despido en Europa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2012 pp. 13.

despedir arbitrariamente a los trabajadores, podrá degradarse de manera muy significativa la eficacia real del Derecho del Trabajo tanto en su dimensión individual como colectiva”.⁹

Si bien la anterior es una premisa universal, aun considerando que los diversos sistemas integran distintos instrumentos de protección ante el despido, ésta tiene mayor relevancia en el caso chileno, en el que la indemnización es el único instrumento jurídico que limita el despido. En efecto, dichas propuestas desconocen la incidencia de la indemnización por término de contrato en el despido laboral, cuya regulación determinaría en definitiva la posición de poder de las partes en el contrato de trabajo y, por consiguiente, la eficacia de las normas del Derecho del Trabajo.

1.La terminación del contrato de trabajo, las indemnizaciones y la protección ante el despido

a.Marco general. Ciertamente es que la indemnización se establece en el marco del sistema de terminación del contrato de trabajo, constituyendo una arista de dicha institución. A su vez, el sistema de terminación del contrato de trabajo es una de las instituciones más relevantes en el Derecho del trabajo y su regulación es uno de los aspectos más discutidos, entre otras causas, por la divergencia de intereses entre empresarios y trabajadores: de una parte contar con la flexibilidad necesaria para gestionar la respectiva empresa y en ella el recurso humano, con la consiguiente demanda de libre despido y, de la otra, garantizar la requerida estabilidad laboral, protegiendo el puesto de trabajo en tanto no haya causa que fundamente el término del mismo¹⁰. Sin embargo los niveles de flexibilidad y, correlativamente de protección variarán según cuáles sean los parámetros y objetivos del legislador.

En la perspectiva de la estabilidad, los diversos sistemas jurídicos, en general, han privilegiado el establecimiento de un sistema de terminación del contrato de trabajo, a través del cual se protege al trabajador ante la terminación del contrato no imputable a su voluntad, especialmente ante el despido arbitrario.

Los instrumentos jurídicos que se han establecido para el logro de tales fines consultan diversos medios. En primer lugar, el establecimiento de un sistema causado de terminación del contrato de trabajo, en el cual se ha distinguido entre las causas por las cuales se puede poner término a dichos contratos, diferenciando, al efecto, entre causas objetivas, causas económicas y causas disciplinarias; de esta manera, el ordenamiento jurídico ha pretendido excluir o, al menos, limitar el mero arbitrio empresarial como causa de terminación del contrato¹¹ y, a la vez, ha ampliado la protección ante otras causas que no sean imputables al trabajador, como

⁹ En un sentido similar, aunque referido al sistema jurídico español, véase a ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, en *Temas Laborales*, N° 99, 2009, pp. 250-297.

¹⁰ En el presente siglo, la estabilidad laboral ha constituido un bien jurídico que el ordenamiento laboral ha pretendido proteger. Ciertamente que la estabilidad laboral como sinónimo de permanencia en el empleo es un objetivo que excede a las posibilidades del ordenamiento jurídico, y es por ello que siempre es necesario que los factores tanto económicos como políticos y jurídicos actúen conjuntamente. Como ha señalado la doctrina (ESCRIBA, Héctor, *Estudios del Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* [Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1968], pp. 61 ss), “existen diversos medios para obtener la seguridad en el empleo y el ideal es que todos ellos operen conjuntamente para el logro del objetivo común.

¹¹ DEVEALI, Mario, *Lineamientos de Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1948) pp. 41, “...se trata de evitar los despidos arbitrarios, intimidados por mero capricho o por motivos extremadamente fútiles”.

son las de origen económico. En segundo término, se han establecido específicos instrumentos de protección, como son entre otras las siguientes: las exigencias al despido colectivo, la consulta previa a la organización de los trabajadores particularmente en el supuesto de causas económicas, la autorización previa de un órgano judicial, la necesidad de un aviso previo, la nulidad de la terminación del contrato de trabajo en el supuesto de lesión a un derecho fundamental, la reincorporación del trabajador en el supuesto de despido injustificado, la indemnización por despido injustificado y la indemnización por causa no imputable a la voluntad del trabajador. Así también, y desde la perspectiva de la seguridad social se han establecido instrumentos de protección ante el desempleo ocasionado por la abrupta terminación del contrato de trabajo.

b. Los instrumentos de protección ante el despido. Como se ha sostenido, la indemnización no es sino uno más de los componentes de la protección ante el despido¹², particularmente el despido arbitrario. En los de índole institucional están, entre otros, la causalidad en la terminación del contrato, los controles administrativos y judiciales, las posibilidades de readmisión, las exigencias de preaviso, los procedimientos que se establezcan y la intervención sindical.¹³

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

Es por ello que en este análisis de Derecho Comparado, con todas las limitaciones que plantea¹⁴, pretende verificar la existencia y la dimensión con que operan los diversos instrumentos de protección ante el despido. A este efecto se consideran dos grupos de países, los latinoamericanos y los europeos. El primer grupo lo integran Argentina, México y Uruguay. El segundo grupo comprende Alemania, Dinamarca, España, Francia, Italia y Reino Unido¹⁵.

¹² En este sentido, ALFONSO M, C. y FABREGAT M., G., cit. , pp. 311 y 312.

¹³ ALFONSO M, C. y FABREGAT M., G., cit. en nota n. 26, pp. 311 y 312.

¹⁴ Como ha señalado reiteradamente la doctrina, el estudio de Derecho Comparado exige un acercamiento riguroso al ordenamiento extranjero “... que exige trascender la mera comparación del dato legal para tomar en consideración el contexto social y político y, desde luego, la aplicación práctica e interpretación jurisprudencial del derecho”. En este sentido, LÓPEZ TERRADA, Eva y NORES TORRES, Luis E. “La configuración de las causas reorganizativas en el derecho comparado: los casos alemán, francés e italiano”, en *Actualidad Laboral*, N° 11, 2011, pp. 1290.

¹⁵ Esta selección se planteó originalmente en base de países miembros de la OECD, y sí lo son todos los que se consideran en el ámbito europeo. En ellos se consideran con los que tenemos un mayor acercamiento en el

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

En efecto, tanto Argentina como México y Uruguay establecen que el despido debe ser causado y a la vez que procede una comunicación previa al mismo¹⁶. Frente al despido injustificado, sólo México establece la posibilidad de readmisión o indemnización por tal despido, y en ambos casos el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación, o “salarios vencidos”, como los denomina la doctrina mexicana¹⁷.

En los tres países procede la indemnización por despido injustificado, la que es de diversos montos. En Uruguay es de un mes de remuneración por cada año trabajado con un tope de seis meses¹⁸. En Argentina es de un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, aunque esta base de remuneración tiene un tope¹⁹. En México la indemnización general es de tres meses de salario²⁰ y procede además la indemnización por antigüedad, denominada “prima de antigüedad²¹”, a la que tienen derecho los trabajadores de planta con más de quince años de antigüedad, cualquiera sea la causa de terminación, aunque el supuesto de renuncia debe cumplir determinadas exigencias.

ámbito jurídico, como son España, Italia y Francia, como también los que tienen influencia en nuestro país; es decir, Alemania y Reino Unido. Además, se considera a Dinamarca por las referencias planteadas acerca de su peculiar sistema de relaciones laborales.

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

¹⁶En Argentina se establece la obligación de preavisar la extinción del contrato de trabajo, “...a fin de evitar que la decisión sea para el trabajador intempestiva” (PINTO, Silvia “Extinción por iniciativa del empleador”, en ACKERMAN, M. [director] *Extinción de la Relación Laboral*”, Ed. Rubinzal Editores, 2008, pp.278). Esta comunicación debe ser escrita cuando se trata de “actos jurídicos, como consecuencias de los cuales se extinguirá la relación de trabajo en situaciones poco favorables para el trabajador”. (CERRUTI, Gabriela, “Forma y Comunicación del despido”, en ACKERMAN, M. “Extinción...”, cit. en pp.329).

¹⁷ DE BUEN, Néstor, *Derecho del Trabajo*, Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 115. Asimismo, FÉLIX, Ricardo, *El Despido Laboral*, Ed. Porrúa, México 2012.

¹⁸ En esta materia, véase: PLA, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, Tomo II Volumen I, Montevideo, 1991, pp. 257 ss; y BARBAGELATTA, Héctor, *Derecho del Trabajo*, Tomo I, volumen 2. 2007, Tercera ed., actualizada, pp. 239 ss.

¹⁹ En conformidad con la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, Ley 20.744. En <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm> (visitada el 14 de agosto de 2013). Específicamente, el artículo 245, que en el segundo párrafo establece: “Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo”.

²⁰ Art. 48 de Ley Federal del Trabajo.

²¹ Art. 162 de Ley Federal del Trabajo, México, actualizado al 30 de noviembre de 2012 (visitado en internetFALTA FECHA: http://www.stps.gob.mx/bp/micrositios/reforma_laboral/archivos/Noviembre.%20Ley%20Federal%20del%20Trabajo%20Actualizada.pdf).

Asimismo, el ordenamiento jurídico mexicano establece una normativa especial de despido colectivo, denominada de “Terminación colectiva de las relaciones de trabajo”, pero su supuesto no es el del número de trabajadores afectados, sino el de específicos supuestos derivados del cierre de las empresas o establecimientos o de la reducción definitiva de sus trabajos²², para lo cual se requiere comunicación y, en su caso, autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje.

d. Respecto de los países europeos, todos ellos forman parte de la Unión Europea y si bien a nivel comunitario se ha planteado el debate sobre flexiseguridad, el que se ha referido entre otras materias a la protección ante el despido²³, estos sistemas mantienen sus mecanismos de protección incluidos los de carácter regional sobre la materia. Respecto de la terminación del contrato de trabajo²⁴, la Directiva comunitaria más relevante es la referida al Despido Colectivo, ello sin perjuicio de diversas otras que inciden en esta materia, particularmente las directivas antidiscriminatorias que precisamente prohíben los despidos discriminatorios.

La Directiva sobre despidos colectivos, 98/59/ de 20 de julio de 1999, plantea que “...interesa reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la comunidad. Al efecto, establece la obligación de consulta a los representantes de los trabajadores y la comunicación a la autoridad laboral en los supuestos de despidos de un determinado número de trabajadores en el período que se señala²⁵. La consulta plantea

²² Los supuestos específicos se refieren a

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

II. La incosteabilidad notoria y manifiesta de la explotación;

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

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

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

²³ Sobre esta materia, véase de GOERLICH PESET, José Ma. “Flexiguridad y estabilidad en el empleo”, en *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, 4/2008, pp.33/53. Asimismo, PEREZ REY, Joaquín, “La modernización del régimen del despido. El debate europeo”, en LANDA ZAPIRAIN, Juan (Coordinador) *Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad. Una aproximación crítica*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 135-157.

²⁴ En esta materia se ha tenido como textos bases los siguientes: de ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, cit. en nota n. 8, CRUZ VILLALÓN, Jesús, cit. en nota n. 7, y LÓPEZ LÓPEZ, Julia, “La regulación del despido en el contexto europeo: sobre el proceso de descontractualización de la relación laboral”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2007, pp. 253-285.

²⁵ De acuerdo con el Art. 1, letra a) de esta Directiva, “...se entenderá por «despidos colectivos» los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:

i) para un período de 30 días:

al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores,

al menos el 10% del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores,

al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;

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

como mínimo "...las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias..."²⁶, para lo cual el empresario durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil deberá "proporcionarles toda la información pertinente".²⁷

d.1.- Respecto del despido individual los diversos países establecen los institutos que se señalan. (i) la causalidad del despido y un procedimiento general que consulta diversas etapas, como es la audiencia al trabajador afectado y la consulta a los representantes de los trabajadores (ii) un procedimiento especial en el despido por necesidades económicas y (iii) el establecimiento de indemnizaciones, a lo menos respecto del injustificado.

En forma previa debe señalarse que el despido, como institución jurídico-laboral, no está necesariamente regulado por la ley sino que también en diversos sistemas se plantea como fuente de regulación el acuerdo colectivo, que en muchos de estos países tiene eficacia jurídica normativa²⁸. Esta fuente convencional es particularmente relevante en Dinamarca, país en el cual la mayor parte de la regulación sobre esta materia está precisamente en estos acuerdos colectivos²⁹.

(i) Respecto del procedimiento, todos los países en estudio establecen un sistema causado y un procedimiento para la terminación del contrato, el que en algunos casos plantea la participación de los representantes de los trabajadores, ya sea sindical ya sea unitaria, a través de los comités de empresa³⁰.

En todos los países el despido debe ser fundado. Asimismo, debe comunicársele previamente al trabajador, aunque esta anticipación varía entre los distintos países y al interior de los mismos, según cuál sea la fuente normativa que regula la materia, la antigüedad del trabajador y la causa de terminación que se aplique; en todo caso, esta

²⁶ Art. 2.2. de Directiva 98/59.

²⁷ Art. 2,3, letra a) de Directiva 98/59.

La Letra b de tal precepto agrega al efecto:

"... comunicarles, en cualquier caso, por escrito:

- i) los motivos del proyecto de despido;
- ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos;
- iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente;
- iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos;
- v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido;
- vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales".

²⁸ Sobre la materia, véase, ROJAS MIÑO, Irene, *La eficacia jurídica de los convenios colectivos*, Ed. Bancaixa, Castellón, España, 1998.

²⁹ Como señala ÁLVAREZ DEL CUBILLO, Antonio (cit. en nota n. 8, pp. 282) respecto de la mayor parte de los trabajadores se aplica el Acuerdo Básico entre la Central Sindical LO y la patronal DA.

³⁰ Téngase presente que en la mayoría de los sistemas europeos hay una duplicidad de representaciones de los trabajadores. Por una parte está la sindical, que se constituye en los diversos niveles de la estructura productiva y territorial, aunque mayoritariamente esté centralizada y funciona a través de las confederaciones de nivel central. De otra parte está el comité de empresa cuyo ámbito es precisamente el de empresa y representa a todos los trabajadores de la misma.

extensión puede ser de varios meses³¹. De otra parte, en algunos países la aplicación del despido disciplinario no requiere aviso anticipado³².

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

En todo caso, en todos estos países procede la impugnación judicial del despido³³. Frente a la declaración de un despido injustificado³⁴, en varios de los países procede la reincorporación o la indemnización, y en todos ellos procede la indemnización por dicho despido.

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

En efecto, en Alemania³⁵, además de las exigencias establecidas por la jurisprudencia, como es la supresión del puesto de trabajo, la Ley de Protección contra el Despido establece dos requisitos para aplicar la causa: primero, que el trabajador no pueda ser ocupado en otro puesto de trabajo dentro de su mismo centro de trabajo o en otro centro de la misma empresa; segundo, que el empleador no haya considerado en la selección del trabajador, o lo haya considerado de forma insuficiente, la antigüedad, la edad, las cargas familiares y la edad del trabajador.³⁶

En Francia, por su parte, la Corte de Casación exige una relación de causalidad entre los hechos invocados, constituida por una serie de antecedentes, como es la necesaria supresión del empleo y los orígenes de la misma, y la causa aplicada. Así, no se admite esta causa "...cuando la situación de la empresa se debe a la conducta culpable del empleador"³⁷, o cuando "...ha sido la recolocación del trabajador en el marco de la empresa o del grupo al que pertenece"³⁸. En los demás países, con excepción de Dinamarca, procede una indemnización especial, ya sea como causa objetiva, como es en España, ya sea por esta específica causa, como es en Italia y en Reino Unido. Aunque debe

³¹ Es el caso, entre otros, de Alemania, en el que la extensión mínima es de cuatro semanas y puede llegar a siete meses, según sea la antigüedad del trabajador.

³² Como es el caso de España. Al respecto, véase de LÓPEZ LÓPEZ, Julia, "La regulación...", cit. en nota n. 74, pp. 1221-1235.

³³ Aunque en el caso de Dinamarca este reclamo se plantea ante un Tribunal de Despidos que es un tribunal especial creado por el Acuerdo Colectivo.

³⁴ Como es Reino Unido y España.

³⁵ La Ley de Protección contra el Despido, citada por LÓPEZ TERRADA, E. y TORRES NORES, L.E. (cit. en nota. N.64, pp. 1290 ss.) la configuración establece como causa "las necesidades urgentes de la empresa, que impidan que el trabajador continúe prestando sus servicios en ella".

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Álvarez del Cuvillo, A., cit. en nota n. 8, pp. 272.

³⁸ *Ibíd.*

hacerse presente que si bien en Dinamarca “no existen reglas particulares para la selección de los trabajadores, ni una obligación de que el despido sea el último recurso”, son frecuentes las medidas alternativas al despido como es el reparto del empleo, lo que se debería “a la presencia y fortaleza sindical”.³⁹

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

En efecto, en la mayoría de los países en estudio se establecen indemnizaciones generales más allá de las de despido injustificado. Así, en Italia se establece una indemnización general como salario diferido, por lo que se aplica cualquiera sea la causal y otra que es por causa económica⁴⁰; en España se establece una indemnización por despido objetivo que incluye el económico, lo mismo que en Francia. Así también en Reino Unido se establece una indemnización por despido económico.

En todos estos sistemas se establece la indemnización por despido injustificado y lo que varía es su monto y la forma de determinarlo. En términos generales y sin atender a reglas específicas, la situación es la siguiente: en Reino Unido una parte es tasada, y que se equipara a la indemnización por causa económica más otra compensación, la que depende de los perjuicios concretos⁴¹. En Francia, se establece una indemnización mínima “correspondiente al salario de los últimos seis meses, que podría ser mayor para reparar íntegramente el perjuicio causado...”⁴². En Alemania, la indemnización no está tasada pero la indemnización puede llegar hasta 12 meses de salario⁴³. En Dinamarca se define la indemnización en base a diversas consideraciones y tiene un límite de 52 semanas de salario⁴⁴. En España la indemnización por este despido es de 45 días de salario por año de servicio, hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades⁴⁵. En Italia la indemnización depende del tamaño de la empresa. En empresas pequeñas, la indemnización varía entre 2,5 y 6 meses de salario, mientras que en las demás empresas la indemnización mínima será de cinco meses de salario.

2. El sistema de terminación de contrato de trabajo vigente en Chile

El ordenamiento jurídico actualmente vigente -es decir, el impuesto por el Plan Laboral, modificado por las sucesivas reformas laborales y cuyo régimen jurídico se establece en el Código del Trabajo de 2003, actualizado al año 2012- plantea un sistema bastante flexible y, desde otra perspectiva, una estabilidad laboral bastante precaria, toda vez que no establece exigencia alguna para los despidos colectivos y si bien la terminación del contrato de trabajo a nivel individual por iniciativa empresarial está sujeta a concretas exigencias, éstas

³⁹ *Ibíd.* pp. 283. Álvarez del Cuvillo agrega al efecto: “ Si la causa se refiere a la conducta o a los resultados del trabajador, la decisión empresarial se somete a un mayor escrutinio y se exige que se haya advertido suficientemente bien al trabajador de sus obligaciones o de la posibilidad del despido”.

⁴⁰ Aunque en esta última es otorgada por la Cassa de Integrazione Guadagna, financiada por cotizaciones de los empresarios o de éstos y los trabajadores (ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, cit. en nota n.8, pp. 276).

⁴¹ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, cit. en nota n.8, pp. 270.

⁴² ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, cit. en nota n.8, pp. 273.

⁴³ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, cit. en nota n.8, pp. 280.

⁴⁴ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, cit. en nota n.8, pp. 285.

⁴⁵ Art. 56 letra a) del Estatuto de los Trabajadores.

se restringen en definitiva al pago de una indemnización a cargo del empleador, salvo los casos de despido lesivo a derechos fundamentales y de vulneración del fuero laboral, en los que en determinados supuestos debiera quedar sin efecto el despido.

a) Exigencias de la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Ciertamente, la que importa analizar desde la perspectiva del rol de las indemnizaciones es la de la terminación del contrato por iniciativa del empleador, en cuanto, las definidas por el trabajador no tienen restricción en virtud de la garantía de la libertad de trabajo y su ejercicio sólo plantea el cumplimiento de específicas formalidades, tal como son la renuncia y el mutuo acuerdo.

Respecto de la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador debe sostenerse que el ordenamiento jurídico limita el despido al establecer concretas exigencias, tanto generales como especiales. Las de carácter general son (i) la concurrencia de una o de varias causas de terminación del contrato de trabajo establecidas en la ley, (ii) la de efectuar la comunicación de dicha terminación de acuerdo a específicas formalidades y (iii) en el supuesto de que se trate un contrato a plazo indefinido y que hubiere estado vigente a lo menos un año, se establece la exigencia de pagar una indemnización con ocasión de la aplicación de específicas causas de terminación, la de necesidades de la empresa y la de desahucio empresarial; causa ésta última que la que sólo procede respecto de tres categorías de trabajadores, y que se fundamenta en el requerimiento de una exclusiva confianza del empleador⁴⁶. Mientras que las exigencias especiales son las referidas a las medidas de protección de los derechos fundamentales y de específicas categorías de trabajadores ante el despido por iniciativa del empleador, en cuanto es improcedente el despido lesivo a derechos fundamentales y el referido a trabajadores que gozan de fuero laboral, sin que, en este último supuesto, se haya observado el presupuesto de desafuero.

Es cierto que podría agregarse como requisito de la terminación del contrato de trabajo el acreditar el pago de las cotizaciones de seguridad social, sin embargo es discutible su inserción en esta categorización, porque más que una exigencia intrínseca del sistema de terminación la obligación referida constituye una exigencia para la garantía del cumplimiento de obligaciones de seguridad social.

b) Las exigencias generales de la terminación del contrato de trabajo. Las exigencias generales, que son las que proceden en la mayoría de los supuestos de terminación del contrato de trabajo, las que pueden ser de fondo como de carácter formal.

Las exigencias de fondo configuran un requerimiento sin los cuales no es válida la terminación del contrato de trabajo, tal cual son el fuero laboral y el respeto a específicos derechos fundamentales como son algunos de la libertad sindical.

Las demás exigencias sólo tienen un carácter formal, en cuanto su incumplimiento mantiene la decisión empresarial de poner término al contrato sin perjuicio de los demás efectos que se planteen. En efecto, si bien la terminación del contrato por iniciativa del

⁴⁶ A saber, y de acuerdo con el Artículo 161, inc. 2.do. del CT los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, siempre que estén dotados de facultades generales de administración, los trabajadores de casa particular y los de exclusiva confianza del empleador, siempre que, en este último caso, tal carácter emane de la naturaleza del cargo o empleo.

empleador sólo procede por específicas causas señaladas por el legislador, como son las causas objetivas⁴⁷ y las disciplinarias⁴⁸, además de las ya referidas de necesidades de la empresa y desahucio empresarial⁴⁹, la decisión empresarial sólo es susceptible de ser cuestionada ante los tribunales de justicia, aunque dicha decisión es indemne frente al accionar judicial y a lo que en definitiva resuelva el tribunal de justicia, en cuanto aunque acoja la demanda dicha resolución judicial no destruye la decisión empresarial y sólo genera una indemnización cuya cuantía base está definida por la ley, que es la que corresponde por despido injustificado.

De otra parte, las exigencias de la comunicación de la terminación del contrato sólo plantean requisitos en el contenido y en la forma de comunicación y, además, que en específicos casos la comunicación sea efectuada con treinta días de anticipación. Pues bien, el incumplimiento de ambas exigencias mantiene la validez de la terminación sin perjuicio de los efectos del mismo, como son la configuración de un despido injustificado en el supuesto que no se hubiere dado dicha comunicación o que esta no contemple los hechos que se imputan⁵⁰, o la configuración de una infracción laboral en los otros supuestos o el pago de una indemnización sustitutiva del aviso previo, en los casos que proceda.

En definitivas cuentas, las exigencias generales establecidas por el ordenamiento jurídico para la terminación del contrato de trabajo son superadas por las indemnizaciones por tal causa y por las multas impuestas por las infracciones laborales que se hayan configurado.

c)La configuración del despido injustificado, indebido o improcedente –que se sintetiza como despido injustificado, para todos los efectos⁵¹–, por el incumplimiento de específicas exigencias de la terminación del contrato. El incumplimiento de específicas exigencias configura el despido injustificado, aunque se requiere de una sentencia judicial que así lo declare, por lo que necesariamente el trabajador deba accionar judicialmente. Si en el respectivo proceso se establece uno o varios de los supuestos de configuración del despido injustificado, es decir, que el empleador no acredite la concurrencia de la causal alegada, no

⁴⁷ Es decir, la del término del plazo del contrato, la de conclusión de la obra o faena que dio origen al contrato y el caso fortuito o fuerza mayor, de acuerdo con el Artículo 159, números 4, 5 y 6 del CT.

⁴⁸ Es decir, la que significan una falta del trabajador a las obligaciones que impone el contrato en conformidad a la ley, de acuerdo con el Art. 160 del CT.

⁴⁹ Es decir, Art. 160, inc. 1.ro y 2.do del CT.

⁵⁰ Aunque sobre esta materia –la exigencia de plantear los hechos que se imputan para terminar el contrato- la doctrina jurisprudencial es contradictoria.,

⁵¹ Existe discusión respecto de la exacta denominación. La norma laboral, específicamente el Art. 168, inciso 1.ro, del CT establece la denominación genérica de aplicación “injustificada, indebida o improcedente” y un sector de la doctrina (en este sentido, THAYER, William. y NOVOA, Patricio.,cit., [n. 10] pp. 106) ha planteado que cada una de las denominaciones dice relación con las imputación de una específica categoría de causas de terminación del contrato de trabajo. así las causas objetivas (Art. 159, n°s. 4, 5 y 6, del CT) configuración el despido injustificado, las causas disciplinarias (todas las que establece el Art. 160 del CT) configurarían el despido indebido y las caudas por necesidades de la empresa y el desahucio empresarial (Art. 161 del CT) correspondería al despido improcedente.

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

haberse alegado causal alguna, no haberse comunicada la terminación del contrato o no haberse indicado los hechos que se imputan para dicha terminación, se mantiene la terminación del contrato de trabajo pero se configura la causal de despido injustificado, con los consiguientes efectos jurídicos de procedencia de la indemnización por antigüedad, que corresponde a un porcentaje de la indemnización por antigüedad según cual fuese la causal alegada.

De esta manera, el despido injustificado, está incorporado al sistema de terminación del contrato de trabajo, en cuanto el contrato de trabajo termina cuando el empleador le pone término y posteriormente no acredita la causal alegada, e incluso cuando no invoca causal alguna. Y el efecto jurídico inmediato es que la indemnización será de un monto mayor; tal como expone el art. 168 del CT de 1994, si el empleador imputa una causa legal y el trabajador estima que la causal invocada "es injustificada, indebida o improcedente" o, incluso, en el supuesto de "que no se ha invocado ninguna causal legal", y, en ambos casos, el juez así lo declara, procede la indemnización por término de contrato aumentada en el porcentaje que se trate, entre un 30 y un 100%.

Sin embargo, el legislador no reconoce en definitiva la configuración de un despido injustificado, en cuanto que por una "ficción legal"⁵² establece que la terminación del contrato ha sido por alguna de las causas del Art. 161 del CT, es decir por necesidades de la empresa o desahucio empresarial⁵³. Ciertamente que es discutible esta denominación otorgada por el legislador, en cuanto que lo que se ha configurado es un despido sin justificación contrario a derecho y que es sancionado por el mismo ordenamiento jurídico. Pareciera que el legislador no ha reparado que la mantención de esta norma constituye un error por la contradicción que plantea. En su origen esta norma sí era coherente con el sistema de terminación del contrato de trabajo en ese momento vigente y que fue el que estableció el Plan Laboral, en el texto original del DL 2.200. En efecto, en este marco normativo el legislador equiparó la aplicación del desahucio empresarial con la el rechazo judicial a la aplicación de una causa objetiva o disciplinaria, y ciertamente, que procedía dicha equiparación pues los efectos jurídicos eran similares, estos se limitaban al pago del mismo monto de indemnización. Sin embargo, en la actual legislación los efectos jurídicos son distintos, en cuanto debe adicionarse una indemnización especial por el despido injustificado.

d) El despido con lesión de derechos fundamentales . Con la entrada en vigencia de la Ley 19.759, de 2001, en lo referido a la protección ante las prácticas antisindicales y, particularmente, de la Ley 20.087, de 2006, con la tutela de los derechos fundamentales, se configura en el ordenamiento laboral chileno una nueva categoría de los efectos del despido,

⁵² Tal como plantea la Corte Suprema (S.C. S. 28 de enero de 2011, Rol 6829-2010, Considerando Quinto, "...este Tribunal de casación ya ha sostenido que es el legislador quien infiere que, ante la falta de prueba de las causales contempladas en los artículos 159 ó 160 del Código del Trabajo, el término de la relación laboral se produjo por aplicación de aquellos motivos contemplados en el artículo 161 del texto legal en referencia. Es decir, se trata de una ficción legal y no de la voluntad del empleador de poner término al contrato de trabajo por necesidades de la empresa o desahucio..."

⁵³ Así lo establece el Art. 168, inciso 4.to del CT "Si el juez estableciere que la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, de conformidad a lo dispuesto en este artículo, se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161, en la fecha en que se invocó la causal, y habrá derecho a los incrementos legales que corresponda en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores".

que se plantea con ocasión de la lesión a los derechos fundamentales y entre ellos, ciertamente, los de libertad sindical

En efecto, la lesión a estos derechos tiene efectos que superan el carácter de un despido injustificado, en cuanto constituyen “las más altas cotas de desvalor social”, como ha denominado la doctrina de Derecho Comparado⁵⁴.

Los supuestos de despido lesivo de derechos fundamentales son aquellos que están amparados expresamente por la ley laboral⁵⁵. Primero, los derechos establecidos en el Art. 485, inciso 1.ro.⁵⁶. Segunda, el derecho de no discriminación, respecto de los actos a que se refiere el Art. 2. del CT con excepción del, inc. 6.to. Tercera, el de derecho de indemnidad, en cuanto constituye una forma de vulneración de los derechos señalados. Cuarta, los derechos de libertad sindical tutelados ante las prácticas antisindicales y desleales⁵⁷.

De esta manera no todo despido lesivo a un derecho fundamental genera los efectos específicos que se analizarán sino tan sólo el que se plantea respecto al derecho fundamental que, a su vez, es amparado por la acción de tutela de derechos fundamentales⁵⁸. Estos derechos fundamentales corresponden a los definidos por el legislador, quien a través de esta vía, ha dejado fuera otros derechos fundamentales⁵⁹, medida que ha sido criticada por la doctrina laboralista⁶⁰.

Los efectos que plantea el despido lesivo de derechos fundamentales es de tres categorías, dependiendo del derecho lesionado y del titular del derecho.

Primera, despido empresarial válido pero con derecho a una indemnización adicional por parte del trabajador. Si se afecta un derecho fundamental no especificado, quienquiera sea el trabajador titular del mismo, el efecto del despido lesivo será el de una indemnización adicional que fijará el juez y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a seis meses de la última remuneración mensual.

Segunda, despido nulo que plantea el derecho a la reincorporación o a la indemnización adicional, de tal manera, la decisión judicial deja sin efecto el acto del despido

⁵⁴ En este sentido, BAYLOS, Antonio, y PÉREZ, Joaquín., *El despido o la violencia del poder privado*, (Madrid, Ed. Trotta, 2010) pp. 92.

⁵⁵ Específicamente, los referidos en el Art. 489 del CT en relación a los que se establecen en los incisos 1.ro y 2.do del CT y los del Art. 292 del CT.

⁵⁶ Es decir, los que enumera tal precepto en relación a los derechos establecidos en el Art. 19 de la Constitución Política, a saber,

-N° 1, inc. 1.ro..El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona

-N°4. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

-N° 5 en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada

-N° 6° inc. 1.ro La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias ...

-N° 12, inc. 1.ro, la libertad de opinión

-N° 16, en lo relativo a la libertad de trabajo, el derecho de libre elección del trabajo y lo establecido en el inc. 4.to, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador

⁵⁷ Que se establecen en el Capítulo IX del Título I del Libro III del CT, De las prácticas antisindicales y de su sanción”, y el Título VIII del Libro IV del C.T., De las prácticas desleales de la negociación colectiva y de su sanción.

⁵⁸ Establecido en el Párrafo 6° del Capítulo II, del Título I, del Libro V del CT

⁵⁹ Esta limitación fue objeto de un acuerdo en tramitación legislativa, toda vez que el Proyecto original, fruto del Foro de Reforma Procesal Laboral no establecía esta limitación.

⁶⁰ En este sentido, UGARTE, Jose Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (Santiago de Chile, Ed. Legal Publishing, 4.ta edición, 2011) pp. 33 ss.

pero otorga la facultad del trabajador de reincorporarse o de aceptar la indemnización que fija el juez de la causa. Procede en dos supuestos. De una parte, si se afecta el derecho de no discriminación y, por consiguiente es un despido discriminatorio, y quienquiera sea el titular de esta derecho, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones antes señaladas⁶¹. De la otra, si se afecta un derecho de la libertad sindical y el titular es un trabajador que no está amparado por el fuero laboral, éste tendrá el mismo derecho de opción entre la reincorporación o las indemnizaciones indicadas⁶².

Tercera, despido nulo total, en cuanto la decisión judicial deja sin efecto el acto del despido y además por mandato legal se deben adoptar las medidas para dar total eficacia a dicha resolución⁶³. De una parte, se ordena el debido cumplimiento de las obligaciones empresariales por el período en que el trabajador estuvo separado de sus funciones, como es el pago de sus remuneraciones. De la otra, se adoptan las medidas respectivas para la reincorporación del trabajador y la efectividad de la misma. Este despido nulo total se establece respecto de los derechos de libertad sindical amparados por el legislador y procede respecto del trabajador que goza del fuero laboral.

Se plantea la discusión referida a si el despido de los demás trabajadores que gozan de fuero laboral, específicamente la madre trabajadora y el padre trabajador con ocasión del fuero maternal o paternal, respectivamente, también debería ser considerado nulo total. En mi opinión el despido es nulo total, toda vez que el legislador estableció una exigencia de fondo y éste es el proceso de desafuero. Si éste no se respeta el efecto debe ser la nulidad total del acto del despido. La diferencia que se plantea respecto del fuero con protección a la libertad sindical es que el legislador estableció específicas medidas para otorgar eficacia al fuero de estos trabajadores, en atención a las reiteradas y graves vulneraciones que se plantean en el ámbito de las relaciones laborales⁶⁴.

e) La procedencia del despido indirecto. Una causa de terminación paralela a la del despido injustificado es la del despido indirecto, en cuanto si bien es el trabajador quien pone término al contrato el fundamento de dicha terminación es que es el empleador quien incurre en específicas causas de despido disciplinario⁶⁵, causas que afectan directamente al trabajador, quien de esta manera se ve forzado a poner término a dicho contrato.

De igual manera, el despido indirecto debe declararlo el tribunal por lo que se requerirá que el trabajador accione judicialmente en el plazo señalado por la ley⁶⁶, debiendo probar el trabajador la causa en que ha incurrido el empleador, de acuerdo con las normas generales

⁶¹ Art. 489, inciso 4.to, del CT

⁶² Art. 294, inciso 2.do, del CT

⁶³ Art. 292 del CT

⁶⁴ En este sentido, véase el Mensaje de la Ley 19.759, en la “Historia de Ley N° 19.759”. Visitado el 14 de agosto de 2013, http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XXI&nro_ley=19.759&anio=2013

⁶⁵ A saber (i) Alguna de las conductas indebidas de carácter grave a que se refiere el Art. 160, n° 1, CT; (ii) Actos omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de estos, de acuerdo con el Art. 160, n° 5, CT; (iii) Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, según el Art. 160, n° 7, CT.

⁶⁶ Sesenta días contados desde de la oportunidad en que puso término al contrato (Art. 171 CT).

de la carga de la prueba. Si no logra probar la concurrencia de la causa alegada, el sistema entiende que el contrato ha terminado por renuncia del trabajador⁶⁷.

Si bien es perfecta la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del trabajador bajo la causa de despido indirecto, en dicho supuesto el trabajador tiene derecho a las indemnizaciones por término de contrato respectivas. En primer término, la indemnización por antigüedad, en los mismos términos que las demás causas de terminación que originan el pago de esta indemnización, es decir, necesidades de la empresa, desahucio empresarial y despido injustificado. En segundo término, la indemnización sanción, que en este supuesto es por el despido indirecto y que procede en términos similares al despido injustificado. En tercer lugar, indemnización por despido lesivo de derechos fundamentales, en cuanto se configure dicho despido lesivo. En efecto, el despido indirecto no se fundamenta necesariamente en una lesión a un derecho fundamental, pero sí puede afectarlo⁶⁸.

f) En definitiva, el actual sistema jurídico de terminación del contrato de trabajo plantea una tutela de la estabilidad laboral que sólo está dada por las indemnizaciones que debe pagar el empleador, inclusive tratándose de lesión de derechos fundamentales, en cuanto los únicos supuestos de nulidad total del despido son los del trabajador que goza de fuero y a quienes se les ha vulnerado algunos de sus derechos de libertad sindical. Así se concluye si se ordena la terminación del contrato de trabajo en razón de los efectos de la misma, con exclusión de la configuración de infracciones laborales.

En efecto, dada la integración de nuevos efectos de la terminación del contrato de trabajo, se elabora una nueva categorización que da cuenta sistémica de la misma. La terminación de contrato por iniciativa del trabajador, no plantea efectos, salvo un supuesto especial referido a la falta de aviso en la renuncia⁶⁹. La terminación por iniciativa del empleador plantea diversos supuestos, a saber: el despido justificado, el despido injustificado y el despido lesivo de derechos fundamentales.

Primero, el despido justificado, el que comprende dos supuestos en razón de la causa alegada, cuya diferencia se plantea respecto a la configuración del derecho a indemnización por antigüedad. El despido justificado en base a las causas objetivas y/o disciplinarias⁷⁰ –que en conjunto suman la mayoría del total de causas de terminación– no generan efecto alguno, y menos los de indemnización, salvo que hayan sido acordados por las partes de la misma relación laboral. Mientras que el despido justificado en base a la

⁶⁷ Art. C.T, 171, inciso 5.to, del CT

⁶⁸ En tal sentido, Ugarte, Jose Luis, cit (n. 68), pp. 94 y 95.

Asimismo la doctrina judicial ha afirmado la procedencia del despido lesivo de derechos fundamentales en el caso del despido indirecto, resolviendo el pago de la indemnización adicional. Por todas la Sentencia del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago de 22 de marzo de 2011, T-312 de 2010 (Visitado en Internet: <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do>)

⁶⁹ El trabajador debe dar aviso a su empleador con treinta días de anticipación, a lo menos. Qué efectos plantea el incumplimiento de dicho plazo mínimo. Ciertamente que no constituye requisito de validez de la renuncia, por lo tanto su incumplimiento mantiene la plena validez de la renuncia. Sin embargo en el supuesto de que la falta de aviso causare daños y perjuicios, el empleador podría accionar judicialmente de acuerdo a las normas generales del Derecho civil.”

⁷⁰ Es decir, las de los números 4, 5 y 6 del Art. 159 del CT y todas las del Art. 160.

causa económica, es decir necesidades de la empresa, y la que depende de la sola voluntad del empleador, es decir desahucio empresarial. El efecto de la aplicación de esta causa es la de generar la obligación de pago de una indemnización, y que es la de antigüedad.

Segundo, el despido injustificado, cuyo efecto directo es la generación de la indemnización sanción al empleador por haber procedido a la terminación del contrato de trabajo sin que exista fundamento para ello. El ordenamiento jurídico le otorga la facultad de poner término al contrato pero a la vez lo sanciona por los perjuicios que ocasiona al trabajador.

En forma paralela a esta categoría está el supuesto de despido indirecto, en cuanto se trata de un despido forzado, por lo que el ordenamiento jurídico sanciona al empleador por los perjuicios causados al trabajador.

Tercero, el despido lesivo de derechos fundamentales del trabajador, el que ocasiona diversos efectos según se trate del derecho afectado y del titular del mismo: (i) Una indemnización sanción adicional si afecta un derecho fundamental no especificado y se trate de cualquier trabajador. (ii), la configuración de un despido nulo en términos parciales, en cuanto otorga al trabajador la opción de reincorporación o de una indemnización adicional y se trate del derecho de no discriminación o el trabajador ha sido afectado por una vulneración a algunos de los derechos amparados de libertad sindical pero no goza de fuero laboral. (iii) la configuración de un despido nulo total, el que sólo admite la reincorporación del trabajador, y que se genera con ocasión de alguno de los derechos amparados de la libertad sindical y el afectado es un trabajador que goza del fuero laboral.

3.- Las indemnizaciones por término de contrato en el sistema jurídico vigente.

La indemnización por término de contrato procede por mandato legal siempre que se verifique alguno de los supuestos que da origen a la obligación de indemnizar por parte del empleador. Estos supuestos son tres: (i) La aplicación de específicas causas de terminación, a saber, la de necesidades de la empresa y la de desahucio empresarial⁷¹. (ii) La configuración del despido injustificado, en los términos analizados y siempre que así sea declarado por el tribunal⁷². (iii) El despido lesivo de derechos fundamentales, tal como se ha analizado y que así sea declarado por el tribunal⁷³. Y éstas son la indemnización por antigüedad, indemnización sanción e indemnización sanción agravada.

No obstante las partes pueden acordar una indemnización convencional que sustituya la legal, siempre que se trate de alguno de los dos primeros supuestos, pues no procedería el acuerdo por vulneración de derechos fundamentales. En todo caso, la exigencia que se plantea con la exigencia de la indemnización convencional es que sólo puede mejorar las condiciones de la indemnización legal en beneficio del trabajador, respecto de cualquiera de las bases de dicha indemnización, sean las causas por las que procederá la indemnización legal, sea la definición de la base de cálculo para el cálculo de

⁷¹ Art. 161, incisos 2.do y 3.ro, respectivamente.

⁷² En efecto, este supuesto configura previa actuación y declaración judicial, en conformidad al Art. 168, inciso 1.ro. CT

⁷³ Asimismo, este supuesto también configura previa actuación y declaración judicial, en conformidad al Art. 489 del CT y Artículos 292 y 294, del CT.

la respectiva indemnización -sea el monto de la remuneración considerada, sea la consideración de los años laborados- o incorporando un nuevo criterio en beneficio en favor del trabajador.

Lo que importa ahora es analizar la indemnización legal, que es la que establece la ley y, por consiguiente, se configura en mínimo ante la autonomía colectiva y la autonomía individual de trabajo.

Como se ha señalado, la indemnización legal general puede ser de tres tipos: indemnización por antigüedad, indemnización sanción e indemnización sanción agravada. Las dos primeras tienen un régimen jurídico que plantean algunas similitudes en cuanto por definición legal comparten las bases para su cálculo. Mientras que la indemnización agravada plantea su propio régimen jurídico.

Junto con la indemnización legal general puede o debe concurrir una indemnización que estrictamente es de carácter especial y ésta es la sustitutiva del aviso previo. En efecto, la indemnización sustitutiva del aviso previo concurre con la de antigüedad en el caso que no se haya otorgado la comunicación de la terminación del contrato de trabajo con una antelación de treinta días a lo menos. Mientras que en los otros dos supuestos de indemnización general de terminación del contrato, es decir por despido injustificado y por despido lesivo de derechos fundamentales, esta indemnización sustitutiva del aviso previo constituya una parte de la indemnización final y ello por expreso mandato del legislador.

a) La indemnización por antigüedad. Es la que procede por despido justificado con derecho a indemnización –por necesidades de la empresa y desahucio empresarial- y está integrada por un solo componente⁷⁴. Éste es un monto definido por la ley y que es equivalente a una remuneración mensual por cada año trabajado y fracción superior a seis meses prestados continuamente al empleador, con un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración, tal como la establece el Art. 163, inciso 2.do del CT

La base de cálculo de esta indemnización de antigüedad se define por tres elementos: (i) concepto de la remuneración, (ii) monto de la misma y (iii) tiempo de servicios desempeñados por el contrato de trabajo. Al efecto el monto máximo de la remuneración que se considera a estos efectos es de un monto de 90 Unidades de Fomento⁷⁵. El tiempo de servicios que se considera es medido en años y meses de servicios, considerando al efecto una indemnización equivalente a treinta días de remuneración por cada año trabajado y fracción superior a seis meses. Sin embargo la indemnización tiene un tope máximo equivalente a trescientos treinta días de remuneración, es decir de once años trabajados⁷⁶.

b) La indemnización sanción por despido injustificado. Esta indemnización procede precisamente en los supuestos de despido injustificado, a los que se suma los de despido

⁷⁴ Está indemnización se integra sólo por el monto señalado, aunque puede concurrir junto a la indemnización sustitutiva del aviso previo, tal como se establece en el Art. 162, inciso 3.ro del CT

⁷⁵ Es decir de \$ 2.065.490,- (alrededor de US\$ 4.000,-) dado el valor de la UF a 31 de julio de 2013, que en ese día corresponde a \$ 22.949,89.-

⁷⁶ A este tope máximo se considera una excepción. Los trabajadores con contrato de trabajo al 14 de agosto de 1981 y que mantuvieran vigentes dichos contratos al momento previo de la terminación del mismo, Art. 7 transitorio del CT.

indirecto y se construye a partir de la de antigüedad, aplicándose, además, un régimen jurídico similar al de dicha indemnización. Esta indemnización se integra tres componentes.

Primero, la indemnización sustitutiva de la falta de aviso, la que, en este caso y por expreso mandato del legislador⁷⁷, se incorpora a esta indemnización⁷⁸.

Segunda. La indemnización por antigüedad, la que definida de igual manera y por expreso mandato del legislador⁷⁹, se incorpora a esta indemnización.

Tercera. La indemnización sanción propiamente tal, la que en base al cálculo de la indemnización de antigüedad se constituye como un porcentaje que varía del 30 al 100% de la misma. El específico porcentaje a aplicar se define en razón de los supuestos de configuración del despido injustificado - (i) por no comprobación de la causa por parte del empleador (ii) por no haber esgrimido causa de terminación o no haber señalado los hechos en que se fundamenta la acción, y (iii) por despido en base de la invalidez total o parcial del trabajador⁸⁰- y, además, en el caso del primer supuesto por la gravedad de la causal imputada por el empleador.

Así, por improcedencia de la causal de necesidades de la empresa y de desahucio dado por el empleador, la indemnización debe aumentar en un treinta por ciento⁸¹, Por aplicación injustificada de las causas del artículo 159, es decir por causas objetivas, la indemnización básica debe aumentar en un cincuenta por ciento. Por aplicación indebida de las causas del art. 160 CT, es decir, las causas disciplinarias, la indemnización básica aumenta en un ochenta por ciento. Sin embargo, si la causal invocada por el empleador fuese la de los números 1, 5 o 6 del art. 160 CT, y la terminación del contrato fuese además declarada carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización básica será incrementada en un cien por ciento. En los otros tres supuestos -no haber esgrimido causa de terminación, no haber señalado los hechos en que se fundamenta la acción, y el despido en base de la invalidez total o parcial del trabajador-, la indemnización básica deberá ser aumentada en un cincuenta por ciento.

En el caso de despido indirecto, la indemnización sanción asciende al porcentaje de la indemnización por antigüedad, en razón de la causa que se acredita judicialmente: un cincuenta por ciento la causal invocada por el trabajador fuera la de incumplimiento grave de las obligaciones del empleador y hasta un ochenta por ciento si las causales esgrimidas fueran las de las conductas graves a que se refiere el artículo 160 n° 1 del CT o la del n° 5 del mismo precepto legal.

c) La indemnización sanción por despido lesivo de derechos fundamentales. Esta indemnización es la que procede por mandato legal en el supuesto de despido con lesión a derechos fundamentales, tanto de carácter general como de libertad sindical⁸²,

⁷⁷ Como establece al respecto el Art. 168, inciso 1.º del CT, “...el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso 4.º del artículo 162...” es decir, la sustitutiva del aviso previo.

⁷⁸ Sobre su régimen jurídico véase Sección III.3, en lo referido a la indemnización sustitutiva del aviso previo.

⁷⁹ Como establece al respecto el Art. 168, inciso 1.º del CT, “...el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso 4.º del artículo 162...” es decir, la sustitutiva del aviso previo.

⁸⁰ Art. 161 bis, CT.

⁸¹ Art. 168, inciso 1.º, a, CT.

⁸² Establecidos en los artículos 489 y 294 respectivamente.

Esta indemnización se integra por cuatro componentes: la indemnización sustitutiva del aviso previo, la indemnización por antigüedad, la indemnización sanción por despido injustificado y la indemnización sanción agravada cuyo fundamento es precisamente la lesión al derecho fundamental. Es decir las tres primeras son las que corresponden a la indemnización por despido injustificado⁸³ y se regulan por las normas que definen el régimen jurídico de las indemnizaciones originales, es decir, sustitutiva del aviso previo y antigüedad.

Mientras que el cuarto componente de esta indemnización, y que corresponde a la indemnización sanción adicional por lesión por derechos fundamentales, plantea su propio régimen jurídico, definido en las normas que lo establece: "...una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual..."⁸⁴. Por consiguiente, esta indemnización no se define en razón del tiempo trabajado –los años trabajados y fracción superior a seis meses- y tampoco requiere de un tiempo mínimo trabajado –que el contrato de trabajo haya estado vigente un año o más-, al igual como sucede con la indemnización sustitutiva del aviso previo pero que sí se requiere en la indemnización por antigüedad y por despido injustificado. Asimismo, la indemnización por despido lesivo a derechos fundamentales no se define en su monto por los criterios señalados por la ley, sino que será tarea del juez establecerlo en razón de los criterios otorgados por el legislador.

d.- Otras indemnizaciones, o indemnizaciones específicas por término de contrato.

Además de las indemnizaciones generales, procederían otras indemnizaciones a la terminación del contrato de trabajo, ya sea las establecidas por la ley laboral, ya sea las que proceden en conformidad a las normas generales del Derecho común. Primero, como indemnización alternativa de la general está la de trabajador de casa particular y por indemnización pactada a todo evento. Segunda, como indemnización independiente de la general por término anticipado del contrato temporal, sea de plazo fijo o de obra. Tercero, la indemnización por daño moral.

d.1) Indemnización a todo evento, tanto de trabajadores de casa particular como de los que así lo hayan convenido. Esta indemnización es sustitutiva de la de antigüedad y procede por las causas de terminación general, es decir, las voluntarias, objetivas, disciplinarias y económicas⁸⁵. Además su financiamiento se efectúa a través de un sistema de provisión de fondos a cargo del empleador, quien efectúa cotizaciones periódicas a una cuenta del trabajador, las que mensualmente asciende al equivalente a un 4,11% de la remuneración del trabajador. Por consiguiente, la indemnización ascendería a quince días de indemnización por año trabajado, lo que corresponde a la mitad de la indemnización general por antigüedad⁸⁶. El monto de la indemnización a que accede el trabajador a través de este sistema "a todo evento" está determinado por los aportes correspondientes al período respectivo, más la rentabilidad que se haya obtenido de ellos.

⁸³ Así respecto, de los derechos fundamentales en general, el Art. 489, inciso 3.º del CT establece que "...el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162, y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168...". En términos similares, el Art. 294, inciso 2.º del CT lo establece respecto de los derechos de libertad sindical.

⁸⁴ Art. 489, inciso 4.º y Art. 294, inciso, 2.º, ambos del CT

⁸⁵ Establecidas en los artículos 159, 160 y 161 de CT

⁸⁶ En el marco de un sistema de provisión de fondos para obtener una indemnización equivalente a treinta días de remuneración por cada año trabajado se requeriría un aporte mensual equivalente a un 8,33% de la remuneración mensual.

Esta indemnización a todo evento se impuso en términos imperativos respecto de los trabajadores de casa particular y en términos optativos para las partes de las demás relaciones de trabajo, pudiéndolas pactar quienes estén sujetos al régimen de indemnización legal general, a través de un acuerdo individual o colectivo de acuerdo a derecho⁸⁷. Siendo esta última de origen convencional no es tratada, sin embargo, en el apartado referido a las indemnizaciones convencionales, pues uno de los elementos de esta específica indemnización, el monto de la misma por año de servicios, es inferior a la dispuesta en la indemnización legal general. Además, tratándose de la de carácter convencional, esta indemnización procede sólo a partir del séptimo año de la relación laboral, en cuanto la indemnización legal general que corresponda por los primeros seis años de servicio debe mantenerse como tal⁸⁸.

Sin embargo, y como se ha señalado, esta indemnización sustitutiva y a todo evento de carácter convencional no ha tenido acogida en el sistema de relaciones laborales chileno, en cuanto son bastante escasos los acuerdos que se hayan celebrado sobre la materia.

d.2) Las indemnizaciones legales en el término anticipado del contrato a plazo y del contrato por obra o faena. Si bien la ley laboral no establece expresamente una indemnización distinta por el término anticipado de la obra o faena, la doctrina jurisprudencial ha concluido en la procedencia de la indemnización por lucro cesante, constituida por el total de las remuneraciones a que el trabajador habría tenido derecho hasta el término del contrato o de la obra o faena para la cual estuvo contratado⁸⁹. Como ha señalado dicha doctrina jurisprudencial, este derecho está en la ley laboral, en cuanto se trata de "...remuneraciones dejadas de percibir ilegítimamente, pues es de la esencia del contrato de naturaleza laboral, el pago de la remuneración convenida, en la medida que por su parte, el trabajador haya invertido su fuerza laboral en la actividad acordada."⁹⁰ El problema que se plantea es el de la procedencia de las indemnizaciones legales por término de contrato conjuntamente con las remuneraciones por el período que faltare para el término del contrato, ya sea se trate de contrato a plazo, ya sea del contrato de obra.

d.3) La indemnización por daño moral. Además de las indemnizaciones por término de contrato ya señaladas, procedería la indemnización por daño moral, de acuerdo con las normas generales del Derecho común. En efecto, así lo ha reconocido la jurisprudencia judicial⁹¹, aunque también ha rechazado su procedencia⁹². Por su parte, la doctrina laboralista⁹³ ha sostenido esta indemnización ante un despido abusivo, es decir el

⁸⁷ Artículos 164, 165, 166 y 167 del CT).

⁸⁸ Art. 164, inc. 1.º y Art. 167, inc. 1.º, ambos del CT).

⁸⁹ Por todas, S.C.S. de 17 de noviembre de 2009, Rol 7021 de 2009, pronunciada en recurso de casación en el fondo (<http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, visitada el 14 de agosto de 2013)

⁹⁰ Ibid, Considerando seis.

⁹¹ Así la S.C.S. de 18 de Agosto de 2010, Rol 2715-10, pronunciada en Recurso de Casación en el Fondo, Revista Fallos del Mes (nº 554, 2010), pp.537.

Asimismo, la S.C.A. de Puerto Montt, de 26 de noviembre de 2010, Rol 167 de 2010, pronunciada en recurso de nulidad (visitado el 14 de agosto de 2013, en <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>)

⁹² S.C.S. de 12 de julio del 2001, en Revista Gaceta Jurídica (n.253) pp. 169-188 (considerando tercero).

⁹³ Gamonal, Sergio, *El daño moral por término del contrato de trabajo* (Santiago de Chile, Ed. Editrem S.A. Año 2000) pp. 25.

antijurídico⁹⁴; en tal supuesto, el daño moral causado debe ser indemnizado de forma independiente al daño patrimonial, el que es cubierto por la indemnización definida para el despido injustificada⁹⁵. Sin embargo, en la actualidad se discute si el despido lesivo de derechos fundamentales constituye un tipo de despido abusivo, por lo que la indemnización sanción adicional constituiría una indemnización por daño moral⁹⁶.

4.- Observaciones a las propuestas de modificación a las indemnizaciones

Como se ha señalado, algunos sectores del país⁹⁷, y también extranjeros, han demandado la modificación del sistema de indemnizaciones, lo que involucra, además del cambio de su régimen jurídico, su reducción e inclusive su supresión; todo ello fundado en el carácter de prestación de seguridad social y su escasa cobertura en tal calidad. Además se han planteado efectos perversos que generan las indemnizaciones en el mercado de trabajo⁹⁸.

Al efecto, son varias las observaciones que se pueden plantear a dichas propuestas, en cuanto la indemnización por término de contrato no constituye un seguro de desempleo y que es discutible que la actual legislación ocasione la segmentación contractual, aunque sí es cierto que se percibe como un beneficio por término de contrato:

a.- La indemnización por término de contrato no constituye un seguro de desempleo sino que un instrumento de protección ante el despido, por lo que mal puede criticársele por no cumplir los objetivos en tal sentido. En efecto, el ordenamiento laboral vigente establece una indemnización general por término de contrato, la que plantea un resarcimiento de la pérdida de los derechos de antigüedad del trabajador, de la cual el ordenamiento jurídico hace responsable al empleador en el supuesto de aplicación de causas en las que la voluntad o la responsabilidad empresarial en la gestión de la empresa ha sido determinante, y éstas son las de las necesidades de la empresa y el desahucio empresarial. Junto con ella se establece una indemnización sanción que constituye una pena al empleador por haber incurrido en un despido injustificado o haber causado un despido indirecto. Además, está la indemnización sanción agravada, la que constituye una sanción mayor por haber incurrido en un despido que ha lesionado derechos fundamentales del trabajador.

En tal sentido, ninguna de estas indemnizaciones tiene como fundamento constituir una prestación de seguridad social, como es el seguro de desempleo.

⁹⁴ GAMONAL, Sergio, *Evolución del daño moral por término de contrato de trabajo*, en *Revista de Derecho*, XXXIX (2012) 2, pp. 166-167.

⁹⁵ GAMONAL, Sergio, *Evolución del daño moral*. cit. (n.107), pp.167.

⁹⁶ GAMONAL, Sergio, *Evolución del daño moral*. cit. (n.107), pp.170 ss.

⁹⁷ Entre otros, véase, COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD (comisión Asesora de la Presidenta Bachelet y que convocó a diversos especialistas), *Informe Final*, agosto de 2008, En: http://www.ciedessweb.cl/ciedess/attachments/article/76/informe_final_trabajo_equidad.pdf (visitado el 14 de agosto de 2013), pp. 73-74.

⁹⁸ COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD, cit., pp. 79, quien señala al efecto, “En particular desincentivan la movilidad, elemento fundamental para la productividad, No menos importante, el esquema de indemnizaciones tiene efectos dinámicos en el nivel y forma de contratación de trabajadores y afecta la estructura de antigüedad con la que desea trabajar la empresa. También desincentivan el crecimiento de los salarios y llevan a empleadores a evitar contratos indefinidos de larga duración, para evitar el costo de la indemnización y de la litigación que pudiese producirse asociada al debate sobre su pago.”

Sin embargo, como se ha señalado, estas indemnizaciones que constituirían una prestación de desempleo sí existieron en Chile, pero ello bastante tiempo atrás, bajo el modelo normativo del C.T. de 1931 con el Plan Laboral, específicamente a través de la Ley 18.018 de 1981. En todo caso, estos fondos de indemnización coexistieron con indemnizaciones por despido injustificado, establecidas ya sea a propósito del despido colectivo⁹⁹ —establecida por Ley 7.747 de 1943 y también posteriormente derogada por Ley 18.018 de 1981—, ya sea por la vigencia del sistema de estabilidad relativa en el empleo¹⁰⁰ —establecida por la Ley 16.455 de 1966, derogada entre 1973, por D.L. 32 y 1981, con la Ley 18.018—.

Pues bien, el actual sistema de indemnizaciones, como también el de terminación del contrato de trabajo, tiene su origen en el Plan Laboral, que constituye el conjunto de textos normativos sobre materia laboral dictados durante el régimen militar que definieron el nuevo modelo normativo de relaciones laborales¹⁰¹. Estos textos normativos —particularmente el D.L. 2.200, de 1978, y la Ley 18.018, de 1981— en esta materia derogaron el anterior sistema de terminación de contrato de trabajo y las indemnizaciones que procedían al respecto.

(i)Indemnización por antigüedad. Además, entre otras causas de terminación del contrato, se incorporó la de “desahucio empresarial”; es decir, la sola voluntad del empleador para poner término al contrato de trabajo. Es por la aplicación de esta causa que el Plan Laboral estableció una indemnización respecto de los trabajadores que llevasen laborando a lo menos un año dentro de la empresa y esta indemnización era de un mes de remuneración por cada año trabajado y fracción superior a seis meses con un límite de ciento cincuenta días de remuneración¹⁰².

Cabe preguntarse sobre cuál es el fundamento de esta indemnización. Sin duda el reconocimiento de la responsabilidad del empleador en la pérdida de un derecho del trabajador, y éste es el de la antigüedad. También podría sostenerse que es una sanción al empleador por haber puesto término al contrato del trabajador sin más argumento que su mera voluntad. Sin embargo ello es discutible, pues tal causa —el desahucio empresarial— es considerada por el legislador como ‘justa causa’ de terminación del contrato, por lo que el sistema jurídico, al menos el de carácter legal, acoge dicha causa de terminación.

⁹⁹ Esta indemnización procedía con ocasión del despido colectivo que afectase a más de diez trabajadores requería una autorización administrativa; y procedía una indemnización en el supuesto de que la administración laboral — ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Trabajo y Previsión Social— considerase injustificada la medida. Esta indemnización era equivalente a quince días de salario por cada año y fracción superior a nueve meses.

¹⁰⁰ Dicho sistema estableció una indemnización sanción que procedía en el supuesto de que el empleador se negase a la reincorporación del trabajador por un despido injustificado, caso en el cual además de pagar las remuneraciones correspondientes al período en que estuvo separado de sus funciones, el juez debía definir la cuantía de la mismas, “*la que no podrá ser inferior a un mes por año de servicios continuos o discontinuos prestados a la misma empresa y fracción no superior a seis meses*” (Art. 8 de Ley 16.455).

¹⁰¹ Sobre esta materia, y la particular incidencia del Plan Laboral en el sistema de terminación del contrato de trabajo, véase, ROJAS MIÑO, Irene, *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual*, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004, pp. 227 ss.

¹⁰² Aunque en un período se dispositiviza este derecho ante la autonomía individual, al suprimir el carácter imperativo de la norma laboral. Así, la Ley 18.018 estableció que serían las partes del contrato de trabajo las que fijasen el monto de esta indemnización, sólo en el evento de que nada se pactase regiría entonces el monto legal, y que se fijó en treinta días de remuneración por cada año trabajado y fracción superior a seis meses, con un monto máximo de ciento cincuenta días de remuneración.

El carácter imperativo de este derecho mínimo sólo se restablece con la Ley 18.372 de 1984.

De otra parte, para el legislador del Plan Laboral el supuesto de despido injustificado es irrelevante, en cuanto el cuestionamiento judicial a la aplicación de las causas objetivas y disciplinarias sólo configura la causa de desahucio empresarial, y, por consiguiente, el pago de la indemnización ya señalada¹⁰³, y así debe entenderse para todos los efectos legales de acuerdo con el mandato legal: “*Si así se estableciere (que la aplicación de la causa ha sido injustificada o indebida¹⁰⁴), se entenderá que el término del contrato se ha producido por desahucio del empleador en la fecha en que se invocó la causal*”¹⁰⁵.

Esta indemnización por antigüedad es modificada con la Primera Reforma Laboral¹⁰⁶, específicamente, a través de la Ley 19.010, de 1990¹⁰⁷, por la cual, entre otras modificaciones, se limita la aplicación de la causa de desahucio empresarial a tres categorías de trabajadores —cuyo rasgo común es la exigencia de ser depositarios de una especial confianza por parte del empleador¹⁰⁸— y, a la vez, se incorpora una nueva causa de terminación y que es la referida a las ‘necesidades de la empresa’. Al respecto, la indemnización por antigüedad se otorga con ocasión de la aplicación de estas dos causas.

Por consiguiente corresponde efectuar la misma interrogante referida al desahucio empresarial: ¿por qué se reconoce esta indemnización en el supuesto de aplicación de la causa de necesidades de la empresa? Dados los antecedentes y en especial la *Historia de la Ley 19.010*¹⁰⁹, éste es el mismo que opera respecto del desahucio y éste es el reconocimiento de la responsabilidad del empleador en la pérdida del derecho de antigüedad del trabajador. Ahora, se imputaría dicha responsabilidad al empresario dado que es él quien administra la empresa.

(ii) Indemnización por despido injustificado. Esta misma Ley 19.010 incorporó la indemnización sanción en el supuesto de despido injustificado¹¹⁰ y de despido indirecto. En efecto, si la terminación del contrato por iniciativa del empleador o del trabajador, según el

¹⁰³ Una eventual indemnización por el perjuicio causado al trabajador por la causal imputada queda sujeta a las normas del Derecho común, exigiéndose en todo caso que “*el empleador haya invocado maliciosamente la causal*” (Art. 19, inciso final de D.L. 2.200), lo que, ciertamente, plantea una gran dificultad al trabajador.

¹⁰⁴ Lo indicado entre paréntesis ha sido incorporado por la autora, y hace referencia a lo señalado por la norma en el primer párrafo del inciso 1.º del Art. 19 del texto original del D.L. 2.200.

¹⁰⁵ Art. 19, inciso 1.º, parte final. En todo caso, lo indicado entre paréntesis es explicación incorporada por nuestra parte.

¹⁰⁶ En un análisis de perspectiva temporal, a partir de 1990, con el cambio de sistema de gobierno, en cuanto se ha reinstaurado el sistema democrático, ha habido una serie de reformas legales al Plan Laboral. Una primera Reforma Laboral es la que se plantea entre 1990 y 1993 con sucesivos textos que inciden sobre las materias laborales.

¹⁰⁷ Es la primera ley sobre materias laborales dictada en los gobiernos de la coalición de la Concertación de Partidos por la Democracia y se refiere, precisamente, a la ‘terminación del contrato de trabajo’.

¹⁰⁸ Y que son (Art. 161, inciso 2.º del C.T.): Primero, los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración. Segundo, los trabajadores de casa particular. Tercero, los cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de los mismos.

¹⁰⁹ Véase, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N° 19.010. Establece nuevas normas sobre terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo”. En <http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo norma=XXI&nro ley=19.010&anio=2013> (visitado el 14 de agosto de 2013).

¹¹⁰ La expresión jurídica “despido injustificado” comprende al efecto los supuestos a que se refiere el inciso 1.º del Art. 168 del C.T.

caso, es declarada judicialmente como despido injustificado o como despido indirecto, respectivamente, se sanciona con una indemnización adicional a la de antigüedad y que asciende a un veinte por ciento, en términos generales¹¹¹.

El fundamento de esta sanción es claro: la indemnización por despido injustificado se plantea como sanción al empleador por haber puesto término al contrato de trabajo sin una causa que lo fundamente; es decir, por haber despedido arbitrariamente. En todo caso esta sanción es de baja cuantía, sólo equivale al veinte por ciento de la indemnización por antigüedad y, además, exige que se trate de trabajadores que tengan a lo menos un contrato con un año de vigencia.

Empero, la cuantía de esta indemnización sanción por despido injustificado es aumentada a través de la Ley 19, 759, de 2001¹¹², la que además efectuó otras modificaciones sobre terminación del contrato de trabajo, como son las limitaciones o exclusiones de causas específicas de terminación del contrato¹¹³. Sin embargo este aumento de la indemnización por despido injustificado no tiene su origen en el Proyecto del Ejecutivo¹¹⁴, sino que en una propuesta de algunos Senadores¹¹⁵, quienes la plantean conjuntamente con la posibilidad de reincorporación del trabajador en el supuesto de declaración judicial del despido injustificado, aunque esta última indicación no obtiene el apoyo requerido.

(iii) Indemnización por despido lesivo a derechos fundamentales. La misma Ley 19.759 estableció la indemnización por despido lesivo a la libertad sindical, junto con establecer las garantías que otorgan eficacia al despido nulo del trabajador que goza de fuero laboral por libertad sindical. En efecto, respecto del trabajador que no goza de fuero y que ha sido víctima de un despido en vulneración de la libertad sindical, se le otorga un derecho de opción entre la reincorporación y las indemnizaciones por término de contrato, a la que se agrega la del despido lesivo de la libertad sindical, la que, de acuerdo con la ley, “*fijará el juez de la causa,*

¹¹¹ Excepcionalmente esta indemnización sanción puede ascender a un cincuenta por ciento de la de antigüedad, en cuanto debe tratarse de causas lesivas a la honra del trabajador —la de los números 1, 5 y 6 del Art. 161 del C.T. y además el despido debe ser declarado “*carente de motivo plausible por el tribunal*”.

¹¹² La que modifica diversas materias laborales, y para efectos de ordenación de las modificaciones legales constituye la Segunda Reforma Laboral.

¹¹³ En cuanto se limitan las causas disciplinarias del artículo 160.1 del C.T., restringiendo la aplicación de dicha causa al ámbito de la empresa, se restringe la causa económica a través de la supresión de la falta de adecuación técnica del trabajador y, además, se declara que la terminación del contrato de trabajo por invalidez total o parcial constituye despido injustificado.

¹¹⁴ Planteado por el Presidente D. Ricardo Lagos, a través del Proyecto de Ley presentado el 16 de noviembre de 2000, a través del Mensaje N° 136-343, y la Indicación Sustitutiva de 20 de marzo de 2001, N° 353-34. Al efecto, véase de BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.759* “Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica”. En http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19759&anio=2013 (visitado el 14 de agosto de 2013).

¹¹⁵ En efecto (“BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley 19.759...*, cit. en nota n. 53, pp. 511 ss), quienes la plantean son los Senadores D. Mariano Ruiz-Esquide, D. José Ruiz de Giorgio y D. Jorge Lavandero, a través de sucesivas Indicaciones, las que se incorporan en el Boletín de Indicaciones N° 2.626-13 que se titula como “Indicaciones Formuladas durante la discusión general del Proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias”.

*la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual*¹¹⁶.

Posteriormente, a través de los textos legales de la Reforma Procesal Laboral — particularmente la Ley 20.087— y en el marco del establecimiento de instrumentos especiales de tutela de derechos fundamentales del trabajador; particularmente el procedimiento definido a tales efectos, se definió una indemnización adicional ante el despido lesivo de derechos fundamentales, que opera de una manera similar a la que procede respecto del despido con vulneración a la libertad sindical, en cuanto se integra con la indemnización por antigüedad y la de sanción por despido injustificado, y se debe sumar una indemnización adicional que será fijada por el juez de la causa, y “... no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual”¹¹⁷.

En definitiva, las indemnizaciones por término de contrato son de tres categorías: indemnización por antigüedad ante despido por necesidades de la empresa y por desahucio empresarial, indemnización sanción por despido injustificado e indemnización sanción adicional por despido lesivo por derechos fundamentales.

Por consiguiente y en definitiva, en conformidad con su naturaleza jurídica, ninguna de estas indemnizaciones constituye una prestación de desempleo, tal como se ha sostenido en las propuestas referidas¹¹⁸. Otro fenómeno es que, en el ámbito de las relaciones laborales, los trabajadores perciban las indemnizaciones y particularmente las de antigüedad, como un beneficio por término de contrato, lo que se fundamenta, entre otras causas, en que dicha prestación existió en el pasado¹¹⁹.

5.- Incidencia de las propuestas en el sistema de terminación del contrato de trabajo

La incidencia de las propuestas en Chile se define en razón de la configuración del sistema de terminación del contrato de trabajo, el espacio que en él ocupan las indemnizaciones y los efectos que dichas propuestas tendrían en las relaciones de trabajo y en el Derecho del Trabajo.

5.1.- El sistema de terminación de contrato de trabajo. Si bien este sistema se estructura en base de causas que permiten al empleador poner término al contrato, el mismo sistema permite que la decisión del empleador se imponga incluso en los despidos fuera del marco legal —es decir, de las causas establecidas, de la comunicación del despido y de que en dicha comunicación se señalen los hechos en que se funda la causa—. A la vez, este mismo sistema ignora la participación de los representantes de los trabajadores y, por ende, de los intereses laborales, como también la comunicación a la administración laboral.

¹¹⁶ Art. 294 del C.T.

¹¹⁷ Art. 489, inciso 3.º del C.T.

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

¹¹⁸ Véase notas 1 y 2.

¹¹⁹ Efectivamente, en el antiguo modelo normativo de relaciones laborales, se establecieron “Fondos de Retiro”, tanto para empleador como para obreros. Pero dichos Fondos fueron suprimidos a través de la Ley 18.018 de 1981.

En efecto, de una parte, la terminación del contrato de trabajo por decisión empresarial requiere la manifestación de voluntad, en algunos casos además implica un preaviso de treinta días, específicamente de la causa económica y del desahucio¹²⁰, y además de pagar una indemnización por reconocimiento de pérdida de antigüedad en los mismos supuestos. Sin embargo, la decisión empresarial adoptada fuera del marco establecido por el legislador es indemne frente al accionar judicial y a lo que en definitiva resuelva el tribunal de justicia, en cuanto la resolución judicial no destruye la decisión empresarial¹²¹ y sólo genera una indemnización por despido injustificado. En el supuesto de que con ocasión de este despido además se haya lesionado un derecho fundamental se establece una indemnización adicional.

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

5.2.- La indemnización en el sistema de terminación del contrato de trabajo. Es cierto que podría discutirse la estricta calidad de la indemnización como instrumento de protección ante el despido, en cuanto no impide la terminación del contrato. Sin embargo, plantea un costo al empleador que en razón de su capacidad financiera limitaría e, incluso, inhibiría despedir a un trabajador, particularmente, en razón del despido arbitrario. Como ha señalado la doctrina, “el control efectivo de la arbitrariedad empresarial depende principalmente de dos factores: la eficacia de las sanciones para el incumplimiento y la presencia e influencia de los representantes sindicales o unitarios de los trabajadores”.¹²²

Sin embargo, en el sistema chileno se excluye totalmente la participación de los representantes de los trabajadores y aunque se estableciera, el sistema sindical chileno sólo plantea la representación a través del sindicato, el que mayoritariamente es de empresa, y tiene implantación sólo en las empresas medianas, en un veinticinco por ciento, y en las empresas grandes, en no más del cincuenta por ciento de ellas¹²³.

5.3.- En la perspectiva de las relaciones de trabajo y, en definitiva, del Derecho del Trabajo, el problema que en definitiva plantean las propuestas referidas es que apuntan a eliminar un instituto básico y esencial de esta disciplina jurídica y que es la indemnización como instrumento de protección ante el despido, particularmente ante el despido arbitrario, en

¹²⁰ Aunque procede que esta falta de aviso se compense por una indemnización equivalente a treinta días de remuneración, la que por analogía también se aplica en los supuestos de despido injustificado y de despido lesivo de derechos fundamentales.

¹²¹ Aunque, como se ha señalado, diversas propuestas legislativas han planteado la reincorporación del trabajador en el supuesto de despido injustificado, Así se planteó en la tramitación de la Ley 19.759: Véase, “BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley 19.759...*, cit. en nota n. 53, pp. 511 ss.

¹²² ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, cit. en nota n.7, pp. 292.

¹²³ En efecto, la tasa de afiliación sindical al año 2011 no supera el 14,1%. De acuerdo con la información entregada por la Encuesta Laboral del 2011 (DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *Encla 2011*, cit. en nota n. 20), la microempresa sólo tiene 452 sindicatos, lo que significa que el 1,6% del total de tales empresas tienen sindicatos. La pequeña empresa comprende 1.684 sindicatos, lo que significa que el 4,5% de las empresas de ese sector cuenta con sindicato. La mediana empresa tiene 2.052 sindicatos, lo que significa que el 23,% de tales empresas cuentan con sindicatos. Y en la gran empresa hay 2.008 sindicatos, los que se ubican en el 48,3% de ellas. Al efecto, se debe considerar que muchas empresas de mayor tamaño muestran la existencia de tres o más sindicatos.

circunstancias de que es el único mecanismo que acoge el ordenamiento jurídico laboral chileno para dicho objetivo, salvo los referidos al fuero laboral y a la nulidad total del despido por lesión a derechos fundamentales.

Ciertamente que habría que efectuar algunas precisiones, según cuál sea la propuesta que se trate. Considerando al efecto la de la Comisión Trabajo y Equidad en su primer planteamiento, es decir el cambio de todo el sistema¹²⁴, y la de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez; ambas plantean fortalecer un sistema de provisión de fondos a cargo del actual mecanismo de indemnizaciones. En la primera propuesta se plantea un fondo de indemnizaciones a todo evento, cuyo financiamiento estaría a cargo del empleador, para lo cual se reemplazaría el actual Seguro de Cesantía, efectuando el empleador una cotización de un monto equivalente al 3% de las remuneraciones del trabajador¹²⁵. Esta indemnización “debe ser complementada por indemnizaciones por despido menores a las actuales...”¹²⁶, pero no se indica en cuánto se rebajaría el monto de estas últimas indemnizaciones. Más específica en esta materia es la propuesta de la Escuela de Gobierno de la UAI, en cuanto el sistema de provisión de fondos sería financiado a través de cotizaciones periódicas. Este mecanismo otorgaría indemnizaciones cualquiera que fuese la causa de terminación, pero el monto sería menor, sólo quince días por año trabajado, en cuanto el aporte periódico financiaría dicha proporción¹²⁷.

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

En el primer supuesto —el referido al reemplazo de la indemnización de antigüedad¹²⁸—, y sin perjuicio del beneficio que significaría el acceso a una prestación por parte de todo trabajador al término de su contrato, se plantea el peculiar tratamiento que tendrían dos causas de terminación, las que hoy precisamente dan origen a estas indemnizaciones y que son las de necesidades de la empresa y las de desahucio empresarial, en cuanto su aplicación no tendría impedimento alguno y ello es discutible en una perspectiva política legislativa.

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

¹²⁴ Versus el segundo planteamiento que propone un sistema de provisión de fondos respecto de la generalidad de las causas, manteniendo el régimen actual de indemnizaciones. Véase, COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD, cit. en nota n. 3, pp. 73 y 74.

¹²⁵ COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD, cit. en nota n. 3, pp. 77 y 78.

¹²⁶ COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD, cit. en nota n. 3, p. 78.

¹²⁷ Esto es el equivalente al 4,11% de la remuneración del trabajador, versus el 8,33 % que se requeriría para financiar treinta días de remuneración por cada año trabajado.

¹²⁸ Y que corresponde al presentado por la Escuela de Gobierno de la UAI (REPETTO, Andrea, y otros autores, cit. en nota n. 13).

Una segunda observación respecto de este primer supuesto se plantea en relación con el alcance que parece otorgarse a la indemnización de menor monto o al fondo que se constituye, en cuanto si en su calidad de indemnización de antigüedad concurriría a financiar la base de la indemnización por despido injustificado. Y la respuesta parece ser positiva, en cuanto en la segunda propuesta se plantea que en el caso de impugnación de la causal ante los tribunales “...el juez podría ordenar así el recargo de las indemnizaciones de acuerdo a la causal invocada inicialmente”¹²⁹.

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

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

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

Es cierto que en esta materia existen diversas valoraciones; sin embargo, el iuslaboralismo chileno¹³⁰ ha detectado varias falencias. En mi opinión, se afectaría un bien jurídico señalado y valorado por la comunidad, y éste es el de la estabilidad laboral. Asimismo, lo que está en juego es la eficacia del Derecho del Trabajo, bastante malograda ya por la escasa existencia de sindicatos, a lo cual ha contribuido, en mi opinión, el mismo modelo normativo al establecer legalmente una estructura que define en la empresa el ámbito de constitución y de actuación del sindicato.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, Carlos y FABREGAT MONFORT, Gemma, (“La indemnización del despido”, en *Crisis, Reforma y Futuro del Derecho del Trabajo*, de Camps R. L. y otros autores, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, En *Temas Laborales*, N° 99, 2009.

BARBAGELATTA, Héctor, *Derecho del Trabajo*, Tomo I, volumen 2, Tercera ed., actualizada,

¹²⁹ REPETTO, Andrea, y otros autores, cit. en nota n. 13, pp. 19.

¹³⁰ En este sentido, WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, “Indemnización por años de servicios en el Chile de hoy, su mantención, modificación o supresión”, en *Revista Laboral Chilena*, N.10/2010 y 1/2011.

- BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Ed. Trotta, Madrid España, 2009.
- BOGLIANO, Palmiro, *La Estabilidad en el Contrato de Trabajo* (Buenos Aires, Ed. Abelardo Perrot, 1957).
- BRONSTEIN, Arturo, *La protección contra el despido arbitrario en derecho comparado del trabajo*, en *Derecho del Trabajo: Normas y Realidad*, (Santiago de Chile, Ed. Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago de Chile, 1993).
- CERRUTI, Gabriela, “Forma y Comunicación del despido”, en ACKERMAN, M. “Extinción de la Relación Laboral”, Ed. Rubinzal Editores, 2008.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús, *La regulación del despido en Europa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2012.
- DE BUEN, Néstor, *Derecho del Trabajo*, Ed. Porrúa, México, 2000.
- DEVEALI, Mario, *Lineamientos de Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1948).
- ESCRIBA, Héctor, *Estudios del Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* (Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1968).
- FÉLIX, Ricardo, *El Despido Laboral*, Ed. Porrúa, México 2012.
- Gamonal, Sergio, *El daño moral por término del contrato de trabajo* (Santiago de Chile, Ed. Editrem S.A. Año 2000).
- GAMONAL, Sergio, *Evolución del daño moral por término de contrato de trabajo*, en *Revista de Derecho*, XXXIX (2012) 2.
- GOERLICH PESET, José Ma., “Flexiguridad y estabilidad en el empleo”, en *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, 4/2008,
- LÓPEZ LÓPEZ, Julia, “La regulación del despido en el contexto europeo: sobre el proceso de descontractualización de la relación laboral”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2007.
- LÓPEZ TERRADA, Eva y NORES TORRES, Luis E., “La configuración de las causas reorganizativas en el derecho comparado: los casos alemán, francés e italiano”, en *Actualidad Laboral*, N° 11, 2011.
- PEREIRA, Rafael, *Libertad sindical y fuero laboral*, *Revista Laboral Chilena*, (1997, 10).
- PÉREZ REY, Joaquín, “La modernización del régimen del despido. El debate europeo”, en LANDA ZAPIRAIN, Juan (Coordinador) *Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad. Una aproximación crítica*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2009.
- PINTO, Silvia, “Extinción por iniciativa del empleador”, en ACKERMAN, M. (director) *Extinción de la Relación Laboral*”, Ed. Rubinzal Editores, 2008.
- PLA, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, Tomo II volumen I, Montevideo, 1991, pp. 257.
- ROJAS MIÑO, Irene, *La eficacia jurídica de los convenios colectivos*, Ed. Bancaixa, Castellón, España, 1998.
- ROJAS MIÑO, Irene, *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual*, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004.

ROJAS, Irene, *El sistema de terminación del contrato de trabajo en la evolución histórica jurídica en Chile*, en *Cincuenta años de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Homenaje* (Santiago de Chile, Ed. Abeledo Perrot, 2011).

THAYER, William y NOVOA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo* (3.ra edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998) III.

UGARTE, Jose Luis, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (Santiago de Chile, Ed. Legal Publishing, 2011).

WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, “Indemnización por años de servicios en el Chile de hoy, su mantención, modificación o supresión”, en *Revista Laboral Chilena*, N.10/2010 y 1/2011.

DOCUMENTO

COMISIÓN TRABAJO Y EQUIDAD (comisión Asesora de la Presidenta Bachelet y que convocó a diversos especialistas), *Informe Final*, agosto de 2008, (visible en internet: http://www.ciedessweb.cl/ciedess/attachments/article/76/informe_final_trabajo_equidad.pdf)

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 19.010. “Establece nuevas normas sobre terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo”. En http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo_norma=XXI&nro_ley=19.010&anio=2013 (visitado el)OJO.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 19.759. “Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica”. En http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo_norma=XXI&nro_ley=19759&anio=2013 (visitado el 14 de agosto de 2013).

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *Encla 2008, Informe de resultados, Sexta Encuesta Laboral*, Santiago de Chile, noviembre de 2009, pp. 49.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *Encla 2011, Informe de resultados, Séptima Encuesta Laboral*, Santiago de Chile, diciembre de 2012.

GRUPO RES PUBLICA CHILE, “95 Propuestas para un Chile Mejor”, 2.da edición, junio de 2013.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT ,OECD, *Reviews of labour market and social policies: Chile*, Ed. OECD, 2009.

REPETTO, Andrea, ALBORNOZ, Marcelo, DEL RÍO, Francisco y SOLARI, Ricardo, “Hacia una nueva legislación laboral”, Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez de agosto de 2011. En http://www.uai.cl/images/sitio/facultades_carreras/esc_gobierno/documentos_de_trabajo/Propuestas_Laborales_UAI_Agosto_2011.pdf (visitado el)OJO