

SOCIEDAD CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y
DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Estabilidad en el empleo

Estudios en homenaje al profesor
Francisco Walker Errázuriz



Estabilidad en el empleo

Estudios en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz

© 2017 Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Primera edición: Octubre del 2017

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida en todo sus partes y registrada o transmitida por un sistema de recuperación de información, en todas sus formas por cualquier medio sea mecanismo, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro con el permiso previo escrito por el autor. Lo que está escrito en este libro es únicamente de responsabilidad del autor.

Diseño y diagramación: Ediciones on Demand



Impreso por:
Ediciones on Demand
www.edicionesondemand.cl

Impreso en Chile/Printed in Chile

ÍNDICE

PRESENTACIÓN. Alejandra Krauss Valle. Ministra del Trabajo	5
PRESENTACIÓN. Fabio Bertranou. Organización Internacional del Trabajo	7
PRESENTACIÓN. Rodolfo Walter Díaz. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	9
PRÓLOGO. Francisco J. Tapia Guerrero	11
BIOGRAFÍA ACADÉMICA DEL PROFESOR FRANCISCO WALKER ERRÁZURIZ. María Cristina Gajardo Harboe	13
Cesación de funciones en la Administración del Estado chileno y mecanismos de impugnación. ROXANA JAVIERA ARANGUIZ COFRÉ	19
Causales de término de la relación de trabajo y el convenio núm. 158 de la OIT: el desahucio y la exigencia de motivación de la causal. PABLO ARELLANO ORTIZ	45
La seguridad social y la terminación del contrato de trabajo. HUGO CIFUENTES LILLO, CARMEN NARANJO CARVACHO Y MARCO VÁSQUEZ BERMEJO	65
Los principios de proporcionalidad, <i>non bis in ídem</i> e inmediatez como límites del despido disciplinario. RAÚL FERNÁNDEZ TOLEDO	103

Origen y evolución del despido (<i>at-will employment</i>) en los Estados Unidos de Norteamérica. CARLOS HERNÁNDEZ CONTRERAS	141
Aspectos inconstitucionales del sistema venezolano de estabilidad en el empleo. OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ	163
La construction d'un « droit du licenciement » en France. ANTOINE JEAMMAUD Y ANTOINE LYON-CAEN	179
Discriminación en el empleo y despido discriminatorio en Chile y Estados Unidos de Norteamérica. MACARENA LÓPEZ UGARTE	213
Causales de terminación del contrato de trabajo. MARTHA ELISA MONSALVE CUELLAR Y MIRIAM REAL GARCÍA	237
La terminación del contrato de trabajo por necesidades de la empresa y el despido colectivo: análisis comparado de la legislación chilena y alemana. SEBASTIÁN ANDRÉS PIZARRO CONTRERAS	263
La terminación del contrato de trabajo. JUAN RASO DELGUE	287
El irresistible ascenso de la licencia para despedir. UMBERTO ROMAGNOLI	309
Análisis crítico del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en sede laboral. ROMINA URZÚA ARCE	323
El término de la relación laboral por incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo en el Derecho del Trabajo chileno. RODOLFO WALTER DÍAZ Y ÁLVARO DOMÍNGUEZ MONTOYA	343

PRESENTACIÓN

El Ministerio de Trabajo y Previsión Social se suma a esta iniciativa de rendir justificado homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz. Destacado abogado y Doctor en Derecho de la Universidad de París, el profesor Walker ha tenido una larga trayectoria en la academia y en el ejercicio profesional, su numerosa obra bibliográfica es demostrativa de su vocación y excelencia en los temas del derecho del trabajo y la seguridad social.

Destaca entre las materias a las que más se abocó en sus escritos, la referida a la estabilidad en el empleo, de modo que la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social acierta cuando lo escoge como contenido de esta obra, y objeto de análisis de parte de destacados académicos nacionales y extranjeros.

El profesor Walker promovió a través de sus escritos el principio de estabilidad en el empleo, entendiendo que es éste un mandato que reconoce a los trabajadores, los derechos en una relación jurídica que resultan más acordes a una sociedad democrática.

El profesor Walker prestó también colaboración a los gobiernos en la reflexión y análisis de las alternativas ordenadas a darle a la legislación del trabajo un contenido de tutela en estas materias como en otras, como fue el caso de la comisión técnica de alto nivel que integró a fines de los años noventa, con el objeto de lograr modificaciones legales consensuadas en las reformas a la negociación colectiva presentadas por el gobierno de la época, y que finalmente no se produjo.

Así, el profesor Francisco Walker Errázuriz ha sido un ejemplo de trabajo académico riguroso y de colaboración a las políticas públicas desde la doctrina y de la práctica, que le definen como un continuador

de la obra de su padre, el profesor Francisco Walker Linares, uno de los primeros y grandes profesores que han aportado al país desde la disciplina del derecho del trabajo y la seguridad social.

ALEJANDRA KRAUSSVALLE
Ministra del Trabajo y Previsión Social

Santiago, septiembre de 2017

PRESENTACIÓN

A partir de la histórica Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa en 2008, la Organización Internacional del Trabajo renovó su mandato en reafirmar el papel clave del trabajo decente a través de un enfoque coordinado para alcanzar cuatro objetivos estratégicos: empleo, protección social, diálogo social, y principios y derechos fundamentales en el trabajo. En esta perspectiva, aparece como fundamental el papel que los académicos junto a los actores sociales, pueden desarrollar, para impulsar iniciativas desde la doctrina que permitan mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y sus familias.

De ahí que la Oficina de la OIT para el Cono Sur de Latinoamérica se une a este merecido homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz, quien desde el inicio de su ejercicio profesional, estuvo fuertemente vinculado a la Organización y comprometido con sus postulados. Apenas concluido sus estudios de doctorado en Francia, el profesor Walker se desempeñó en la Oficina Internacional del Trabajo en Ginebra, para después regresar a Chile, manteniéndose permanentemente dedicado de los temas de su quehacer profesional y académico, bajo los principios que la OIT promueve en materia de justicia social.

En esta labor de permanente estudio de los problemas del trabajo desde la perspectiva del derecho, el profesor Walker se ocupó tanto de las materias propias del derecho individual como colectivo del trabajo, así como también de la seguridad social y más recientemente de la protección social. Sus obras dan cuenta de las complejidades que presentan las instituciones jurídicas en esas disciplinas, y la dedicación y rigurosidad con que las asumió.

Esta obra se asume como expresión de reconocimiento al estudioso, académico y docente, que supo transmitir con dedicación y seriedad, los postulados de bienestar social con que se identifica a la Organización Internacional del Trabajo.

FABIO BERTRANOU
Director de la Oficina en Chile de la OIT
para el Cono Sur de Latinoamérica

Santiago, septiembre de 2017

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social continúa su honrosa tradición de reconocer a quienes han aportado desde la cátedra y del servicio público a las disciplinas jurídicas que constituyen su fundamento de ser. La iniciativa de mi antecesora doña María Loreto Fierro Félix culmina con la colaboración del directorio que presido, con el ofrecimiento a la comunidad iuslaboralista de esta obra en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz.

El profesor Walker, desde la docencia y el ejercicio profesional, desarrolló una amplia labor de promoción de la justicia social y el respeto a los derechos de las personas, lo que complementaba con su apertura a la discusión de los nuevos temas. En esta parte, los anales de la Sociedad dan cuenta de la apertura a la visión comparada, lo que se expresó en las diversas iniciativas destinadas a discutir la experiencia y doctrina extranjera, compartiendo siempre sus conocimientos y su amplia bibliografía.

No se puede omitir su aporte a la doctrina nacional, sea a través de sus libros o trabajos publicados en Chile y en el extranjero, también desde una visión interdisciplinaria, conforme a su dedicación docente en la Facultad de Administración y Negocios de la Universidad de Chile. El profesor Walker aportó una visión que siendo jurídica en la base, complementaba con una visión de relaciones industriales, propia de la época en INSORA, el DERTO y posteriormente el IDERTO, todos ellos vinculados a dicha Facultad.

El profesor Walker de este modo, contribuyó de manera excepcional en el debate académico, en la apertura a las experiencias comparadas y con su experiencia profesional, a los debates con un alto sentido doctrinario desde el derecho del trabajo y de la seguridad social, pero fuertemente enraizado en la realidad.

En nombre del Directorio, nuestros agradecimientos a la Organización Internacional del Trabajo y al Ministerio del Trabajo y Previsión Social que permitieron la concreción de esta iniciativa y muy especialmente al profesor Francisco Tapia Guerrero por su dedicado, minucioso y persistente trabajo sin cuyo concurso esta publicación no habría sido posible.

RODOLFO WALTER DÍAZ
Presidente Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Concepción, septiembre de 2017

PRÓLOGO

Una de las características del quehacer académico y docente del profesor Francisco Walker Errázuriz ha sido su gran generosidad para compartir conocimientos y su amplio patrimonio bibliográfico, colocándolo a disposición de los interesados en las cuestiones propias del derecho del trabajo y de la seguridad social, así como su profundo interés en vincular a los académicos nacionales a las experiencias comparadas. Ello se ha traducido en innumerables actividades realizadas especialmente en una época difícil para los chilenos.

Es necesario destacar que en tiempos políticamente complejos, los miembros de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social mantuvieron amistad cívica, respeto, entrega honesta y sentido del pluralismo, no obstante el ambiente que corroía las bases de la convivencia nacional. En este sentido, las presidencias de los profesores Walker Errázuriz y Valdés Rodríguez han sido relevantes desde una perspectiva de sociedad científica pero también de convivencia democrática.

El aporte académico de Francisco Walker Errázuriz es inescindible de su personalidad. A su disposición a la colaboración académica y generosidad en el conocimiento, se debe agregar su rigurosidad intelectual y clara definición por la justicia social, sin perder un sentido de realismo que daba cuenta de un pensamiento sólido pero a la vez, formulado con respeto y humildad.

Podrían señalarse tres los temas que han constituido sus principales preocupaciones en el derecho del trabajo: la empresa como centro de imputación normativa, la negociación colectiva, que ha sido su principal dedicación en su quehacer profesional, y la estabilidad en el empleo, ésta última, materia ampliamente tratada en su obra científica. Es esa la razón de haberla escogido como tema de esta obra.

El aporte que hacen en este libro destacados académicos nacionales y extranjeros, da cuenta de la complejidad del tema en la experiencia comparada, de los diversos institutos que se desenvuelven alrededor del principio ordenador de la estabilidad del contrato, y justifica el debate que se produce, especialmente, cuando se trata de iniciativas legales que inciden en ella. No es extraño que los temas de la mayor preocupación del profesor Walker, sean aquellos que recaen fundamentalmente en la distribución del poder en las relaciones del trabajo. Es coincidente con la definición de nuestro homenajeado hacia una sociedad mejor, desde la justicia social.

Justo homenaje a Francisco Walker, ejemplo de vocación de servicio y generosidad, también de búsqueda incesante de conocimiento y rigurosidad científica. Su entrega y disposición a la colaboración, es el espíritu que debe presidir la noble tarea de los académicos, y por eso se agradecen testimonios como el de nuestro homenajeado.

Mucho agradecemos a los autores sus aportes, como también su entusiasmo personal de colaborar en este libro en homenaje a Francisco Walker Errázuriz.

Asimismo, expresamos nuestra gratitud al Ministerio del Trabajo y Previsión Social y a la Organización Internacional del Trabajo, que han hecho posible su publicación. Hacemos expresa mención a la ex presidenta de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social doña María Loreto Fierro Félix quien bajo su mandato impulsó esta iniciativa y al actual presidente de la misma y a su directorio, por haberla concluido. Finalmente un agradecimiento al director de la Sociedad don Hugo Fábrega, quien nos colaboró en las labores de edición.

FRANCISCO J. TAPIA GUERRERO
Editor

Santiago, septiembre de 2017

BIOGRAFÍA ACADÉMICA DEL PROFESOR FRANCISCO WALKER ERRÁZURIZ

María Cristina Gajardo Harboe¹

SUMARIO

1. Presentación de Francisco Walker Errázuriz. 2. Descripción general de la obra de Francisco Walker Errázuriz. 3. Comentarios a la luz del derecho comparado, a propósito de una obra en particular. Bibliografía.

1. PRESENTACIÓN DE FRANCISCO WALKER ERRÁZURIZ

El Prof. Walker obtuvo el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en el año 1959. Decide el mismo año viajar a Francia becado por el Gobierno de Francia, para continuar con sus estudios de postgrado en el Instituto de Ciencias Sociales del Trabajo de la Universidad de Paris, donde luego de tres años recibe el grado de Doctor con la tesis “El sindicalismo en Chile”, dirigida por el Prof. Marcel David (1920-2011)². Regresa a Chile en 1963, año en que se titula como Abogado.

La influencia del Prof. Marcel David sería decisiva en el camino académico tomado por el Prof. Walker, ya que sus estudios de postgrado no los hizo en un ambiente estrictamente jurídico sino más general, ligado a las ciencias sociales.

1 Magister en Derecho del Trabajo Universidad de Chile. Directora del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

2 Profesor emérito de la Universidad de Paris I Panthéon Sorbonne, fundador del Instituto de Ciencias Sociales del Trabajo de la misma universidad.

Al volver a Chile se desempeña por un tiempo como Ayudante en la cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, para luego buscar un espacio propio en la Escuela de Administración (hoy Facultad de Economía y Negocios) de la misma Universidad, lugar en donde llegó a ser Profesor Titular. En esta unidad académica trabaja en equipo con ingenieros comerciales y administradores públicos, integrando la Economía al Derecho del Trabajo, lo que se reflejaría en su obra; allí también hace clases por más de treinta años sobre “Relaciones Industriales” y sobre “Relaciones del Trabajo”.

El Prof. Walker es uno de los mejores laboristas con que cuenta Chile y tuvo la enorme virtud de ofrecer una visión interdisciplinaria de las relaciones laborales de manera muy temprana. Además, es el primer doctor en la disciplina con que contó nuestro país, otro enorme logro para la época en que obtuvo este grado académico.

2. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA OBRA DE FRANCISCO WALKER ERRÁZURIZ

Los principales textos disponibles que dan cuenta de la obra del Prof. Walker son³:

- 1) *Terminación de la relación laboral en el derecho del trabajo chileno en un período de cambio*, EN: Paradigmas en Administración, Universidad de Chile, N°17, 1990, pp. 47-66.
- 2) *Salario y Productividad*, obra escrita en conjunto con la economista Sylvia López, EN: Paradigmas en Administración, Universidad de Chile, N°18, 1992, pp. 1-23.
- 3) *Las relaciones de trabajo en el Chile de hoy*, Programa de Relaciones Laborales, Universidad de Chile, 1993, 358 páginas.
- 4) *La institucionalidad laboral chilena y reformas laborales*, Economía y Administración, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, N°137, mayo-junio 2000, pp. 74-71.
- 5) *Breve análisis sobre las reformas laborales: un enfoque técnico*, Economía y Administración, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, N°142, diciembre 2001-enero 2002, pp. 49-63.

3 Hemos omitido referencias a textos no disponibles, tales como informes en derecho, conferencias y clases impartidas por el Prof. Walker.

- 6) *Derecho de las relaciones laborales: un derecho vivo*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1ª ed. 2003, 718 páginas (2ª edición, *Derecho de las relaciones laborales*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2016).

3. COMENTARIOS A PROPÓSITO DE UNA OBRA EN PARTICULAR

Centraremos nuestra atención en la obra *Salario y Productividad*, coescrita con la economista Sylvia López en el año 1992.

En la presentación del trabajo, el Prof. Walker explica que “el enfoque utilizado es predominantemente jurídico, con referencias importantes a aspectos económicos y administrativos, teniendo en cuenta el carácter interdisciplinario que debe poseer todo análisis en el ámbito de las relaciones de trabajo”.⁴

Enseguida cita al profesor francés Gerard Lyon-Caen con su obra “Le salaire” del año 1981, para explicar que el salario debe analizarse desde tres puntos de vista: jurídico, económico y social.⁵

Más adelante expresa que, para abordar el estudio del salario, “debe hacerse presente la tendencia jurídico-social reciente a conciliar la tutela o protección del trabajador con el funcionamiento eficiente y eficaz de la economía de un país en general y de la empresa en particular”⁶, para referir más adelante a las concepciones neoliberales, sosteniendo que “no son todas similares, especialmente en lo que se refiere al mundo del trabajo; algunas de ellas acentúan lo social, mientras que otras lo individual. En una publicación reciente, el autor francés Michel Albert – *Capitalisme contre capitalisme*, Paris: Seuiel, 1991- distingue claramente dos formas diversas de capitalismo: la más social, que tiene como modelo la experiencia alemana y, por otro lado, una más individualista, que ha inspirado la experiencia americana a partir de los años 80”.⁷

Estas ideas resultan notables para la época en que fue escrito este trabajo; muy originales si consideramos que Chile estaba viviendo el apogeo de las influencias neoliberales provenientes de la llamada Escuela de Chicago. A partir de los dos autores citados por el Prof. Walker – Lyon-Caen y Albert–, comienza a delinear una delicada frontera entre la

4 Walker y López (1992:1).

5 Walker y López (1992:2).

6 Walker y López (1992:4).

7 Walker y López (1992:9-10).

defensa de los intereses empresariales –y dentro de ellos la productividad–, y la necesaria protección de los trabajadores.

Así, el Prof. Walker dirá que “la participación y la compensación de los trabajadores en la producción ha sido uno de los temas que más ha preocupado, desde el surgimiento del liberalismo, a diferentes sectores de la sociedad, y es, precisamente, lo que analizaremos a continuación”⁸; que “la elevación de los salarios mediante aumentos de productividad debería producir mejores resultados que los conflictos generados entre empleadores y trabajadores para decidir la distribución de lo que se ha producido”⁹; y que “parece necesario implementar sistemas o mecanismos de remuneraciones tales que el trabajador reciba efectivamente la relación rendimiento–retribución y la posibilidad de aumentar esta última mediante el aumento de su productividad, por cuanto –en definitiva– la retribución no se intercambia por una cantidad determinada de trabajo, sino por un esfuerzo en potencia de cierta magnitud”¹⁰.

En las conclusiones de este trabajo, el Prof. Walker expresará que “la determinación de las remuneraciones en función de la productividad constituye un mecanismo justo y eficiente de distribución de los beneficios de una empresa”, lo que “debe estar basado en las particulares características de la empresa que lo implemente” y que “las remuneraciones ligadas a la productividad responden no únicamente a una cuestión de eficiencia distributiva, de justicia y equidad social, sino también a una exigencia cada vez más evidente de nuestros tiempos: aumentar la competitividad de nuestras empresas y del país como única vía de incrementar, estable y sostenidamente, los niveles de vida de sus habitantes”¹¹.

Se encuentra implícito en esta obra del Prof. Walker el estudio interdisciplinario, que es un método de derecho comparado, ejercicio que es notable dada la época en que fue escrito este trabajo. Este método es denominado por Pablo Lerner como “contextualismo”, entendiendo por tal “al análisis basado en las distintas circunstancias políticas, económicas, etcétera que condicionan o influyen en la aplicación del texto”¹²; en esta línea, Pablo Lerner enuncia distintas visiones interdisciplinarias, como el punto de vista sociológico (Saleilles, Lambert, Sacco); la visión histórica (Gordley, Zimmermann o Stein); el análisis económico del derecho (Mattei, Harbord, Westport y Grosswald); la visión feminista del

8 Walker y López (1992:11).

9 Walker y López (1992:12).

10 Walker y López (1992:13).

11 Walker y López (1992:21–22).

12 Lerner (2004:945).

Derecho (Cossman); y la función crítica del derecho comparado. Sobre estos enfoques, Lerner expresa que aun cuando el comparatista se base en referencias históricas o sociológicas, la idea de vincular el análisis del derecho con otras disciplinas no debería reducir el estudio a un mero planteamiento interdisciplinario.¹³

Esto lo logra con éxito el Prof. Walker, quien no se ha limitado en la obra comentada a hacer citas desde la doctrina económica, sino que se sitúa a partir del principio protector propio del Derecho del Trabajo para proponer una mejor distribución de las utilidades que el trabajador contribuye a generar con su esfuerzo personal. Es decir, realiza en este trabajo un estudio de derecho comparado propiamente tal.

Por otra parte, el Prof. Walker realiza micro-comparación, que para Gino Gorla debe considerar una explicación sistemológica; las exploraciones históricas, políticas y socio-económicas son inevitables cuando se realiza la micro-comparación, resultando indispensable cuando se comparan leyes específicas, que obligan a indagar en el contexto o sistema en que esa ley existe.¹⁴ La comparación sistemológica en este caso se logra a través del estudio interdisciplinario, integrando el Derecho del Trabajo con ideas provenientes de la Economía y de la Administración de Empresas.

Estos registros particulares que hemos marcado sobre el método de derecho comparado presente en la obra del Prof. Walker, se encuentran presentes en el mismo sentido en su obra que consideramos fundamental: *Derecho de las relaciones laborales*, recientemente reeditado y en cuyo acápite “Nuestra visión sobre las relaciones laborales en la actualidad” se muestran con similar evidencia.¹⁵

Gran aporte, pragmático, que dista mucho de los ideologismos hoy imperantes en el Derecho del Trabajo local.

BIBLIOGRAFÍA

Gorla Gino, *Comparison translation and the making of a common European Constitutional culture*, EN: Vespaziani Alberto, German Law Journal, vol. 9, N°5, 2008, pp. 547-574.

Lerner Pablo, Sobre armonización, *Derecho comparado y la relación entre ambos*, EN: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 111, México, Sep/Dec.2004, pp. 919-966.

13 Lerner (2004: 946-947).

14 Gorla (2008:555).

15 Walker y Arellano (2016:32-34)

- Walker Francisco y López Silvia, *Salario y Productividad*, EN: Paradigmas en Administración, Universidad de Chile, N°18, 1992, pp. 1-23.
- Walker Francisco y Arellano Pablo, *Derecho de las relaciones laborales*, Editorial Librotecnia, Segunda Edición, Santiago, 2016, 533 páginas.
- Zweigert Konrad y Kötz Hein, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Arturo Aparicio Vásquez, Oxford University Press, México, 2002, 771 páginas (traducción de la tercera edición en inglés de *Introduction to comparative law*, Oxford University Press, 1998).

CESACIÓN DE FUNCIONES EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO CHILENO Y MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN

Roxana Javiera Aranguiz Cofré¹⁶

SUMARIO

I. Introducción. II. La función pública. III. Naturaleza jurídica del vínculo entre la Administración del Estado y quienes ejercen la función pública. IV. Principio de estabilidad en el empleo. V. Causales de cesación de funciones en el Estatuto Administrativo. 1. Aceptación de renuncia. 2. Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional. 3. Declaración de Vacancia. 4. Destitución. 5. Supresión del empleo. 6. Fallecimiento. 7. Término del período legal por el cual se es designado. 7.1. Situación actual de los funcionarios a contrata. 7.2. Principio de protección de la confianza legítima. 8. Cuando los servicios del funcionario a contrata dejan de ser necesarios. VI. Mecanismos de impugnación o reclamo contra el acto administrativo que establece el cese de funciones o ante la no renovación de contrata. VII. Tutela judicial de derechos a través del derecho laboral común. VIII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En Chile, las relaciones laborales entre los empleadores y trabajadores se encuentran reguladas por el Código del Trabajo y sus leyes complementarias, sin embargo esas normas no se aplican a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de empresas o instituciones del Estado o de aquellas en

16 Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Máster en Derechos sociolaborales de la Universitat Autònoma de Barcelona.

que el Estado tenga participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial¹⁷.

Las relaciones laborales en la Administración del Estado son complejas, por lo cual requieren de una regulación estricta, en pos del interés público involucrado, mediante estatutos especiales que difieren sustantiva y formalmente de la normativa laboral común, partiendo por la semántica utilizada para determinar a los sujetos de la relación, que en un caso se llama “trabajadores” y en otro caso “funcionarios”; por la definición del vínculo jurídico que une a las partes, que por una parte se materializa mediante un contrato de trabajo y por otra por un decreto de nombramiento; y porque el término de esa relación se produce por alguna de las causales de término del contrato de trabajo o por la alguna causal de cesación de funciones establecidas en el estatuto especial correspondiente, respectivamente.

En la Administración también es posible diferenciar dos categorías de funcionarios públicos: de planta y a contrata, y si bien existen múltiples diferencias entre estos dos regímenes jurídicos, lo cierto es que estas diferencias adquieren mayor notoriedad e importancia al momento de poner fin al vínculo, sobre todo a la luz de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos al efecto.

II. LA FUNCIÓN PÚBLICA

La función pública ha sido entendida desde dos perspectivas: como el conjunto de recursos humanos que se encuentran directamente al servicio del Estado, y también como las funciones y servicios públicos que éste desempeña y el régimen jurídico y la organización en que se encuadran, en virtud de un vínculo jurídico mucho más estricto que en el ámbito de las relaciones laborales de carácter privado.¹⁸

La Constitución Política del Estado (CPE), en su artículo 8°, establece que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (LBGAE) regula la probidad administrativa en el título III, señalando que las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación

17 Art. 1 Código del Trabajo.

18 BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Editorial Legal Publishing, tercera edición), p. 435.

con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa, que consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, debiendo primar el interés general por sobre el particular.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y QUIENES EJERCEN LA FUNCIÓN PÚBLICA

La CPE establece en su artículo 38 que una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Conforme señala el artículo 1°, inc. 2° de la LBGAE, la Administración del Estado está constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa; se incluyen la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

Las relaciones entre el Estado y sus funcionarios se encuentran reguladas por la LBGAE, por el Estatuto Administrativo (EA) y por leyes especiales. Debido a la multiplicidad de estatutos especiales vigentes, que hace imposible abarcar la regulación completa de las relaciones laborales en la Administración del Estado en un trabajo con pretensiones más limitadas, sólo se referirá la regulación contenida en el EA, cuya lógica se manifiesta en el mismo sentido en los restantes estatutos.

El EA regula la carrera funcionaria del personal de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los Servicios Públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, considerando especialmente el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones¹⁹. Establece dos tipos de vínculos entre el

19 Artículos 21 y 43 LBGAE, artículo 1° EA. El personal de la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y

Estado y quienes ejercen la función pública: los funcionarios de planta y los funcionarios a contrata. Estos cargos solo podrán corresponder a funciones propias que deban realizar las instituciones referidas, por lo que las restantes deben efectuarse por el sector privado²⁰.

El personal de planta corresponde al conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución. La planta puede consistir en cargos directivos, profesionales, técnicos, administrativos y auxiliares, y éstos pueden ejercerse en calidad de titular, suplente o subrogante. Los funcionarios titulares son aquellos nombrados para ocupar un cargo vacante, en propiedad. Los suplentes son aquellos designados en esa calidad en los cargos que se encuentran vacantes o que por cualquier circunstancia no sean desempeñados por su titular durante un lapso no inferior a quince días, y los subrogantes son los que entran a desempeñar el empleo del titular o suplente, por el solo ministerio de la ley, cuando éstos se encuentran impedidos de desempeñarlos por cualquier causa.

Los cargos de planta pueden ser de exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento.²¹

El personal a contrata es aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución y que dura como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año, expirando en sus funciones por el solo ministerio de la ley salvo que haya prórroga propuesta con a lo menos 30 días de anticipación. El personal a contrata no puede exceder del 20% del total de cargos de planta de la misma.

El empleo a prueba se considera dentro de esta categoría para todos los efectos legales. Puede extenderse entre tres y seis meses, según lo determine el jefe superior del servicio, no pudiendo ser prorrogado.²²

Adicionalmente, el artículo 11 EA faculta a las instituciones que rige para contratar a honorarios a profesionales y técnicos de educación superior, o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean habituales de la institución, y a

Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, el Consejo Nacional de Televisión, el Consejo Nacional para la Transparencia y las empresas públicas creadas por ley, se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda. Por su especialidad, estos estatutos especiales no serán considerados en este trabajo, sin perjuicio de lo cual la jurisprudencia administrativa o judicial puede referir a casos de funcionarios afectos a un estatuto especial, que por su similitud normativa resultan igualmente aplicables a casos de funcionarios afectos a un estatuto diferente.

20 Artículo 2 EA.

21 Artículos 4, 5 y 7 EA.

22 Artículo 25 EA.

extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera. Además, se podrá contratar a honorarios la prestación de servicios para cometidos específicos conforme a las normas generales.

Quienes se desempeñan como contratados a honorarios en la Administración se rigen por lo dispuesto en los respectivos convenios que hayan celebrado con la Administración; por lo tanto, las partes podrán poner término a la relación jurídica por las causales que en ellos se establecen, aplicando supletoriamente las normas del Código Civil que regulan el arriendo de servicios inmateriales. No obstante, si bien no son funcionarios públicos, tienen el carácter de servidores estatales y realizan una función pública²³, por tanto deben observar el principio de probidad administrativa en el desarrollo de las tareas encomendadas en virtud del respectivo acuerdo de voluntades.²⁴

IV. PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

La estabilidad en el empleo es uno de los derechos que tienen los funcionarios públicos²⁵, y consiste en que el vínculo jurídico que une a la Administración del Estado con el funcionario público solo puede extinguirse por una causal establecida en la ley. La extinción del vínculo se denomina cesación de funciones.

Al efecto, la LBGAE establece en su artículo 46 que el personal de la Administración del Estado gozará de estabilidad en el empleo y solo podrá cesar en él por renuncia voluntaria debidamente aceptada, por jubilación o por otra causa legal basada en su desempeño deficiente, en el incumplimiento de sus obligaciones, en la pérdida de requisitos para ejercer la función, en el término del período legal por el cual se es designado o en la supresión del empleo. Ello, sin perjuicio de la facultad que tiene el Presidente de la República o la autoridad llamada a hacer el nombramiento en relación con los cargos de su exclusiva confianza.

De la normativa vigente se puede apreciar que este principio se manifestará en mayor o menor medida de acuerdo a las causales de cesación de funciones que la ley establece. Así, mientras menor sea el número de causales o mayores sean los requisitos que deben concurrir para su aplicación, el principio de estabilidad en el empleo se manifiesta de manera intensa, y al contrario, mientras más causales se encuentren

23 CGR, dictamen N° 2327 de 2017.

24 CGR, dictámenes N°s. 25.694 de 2005 y 16.360 de 2010, entre otros.

25 Artículo 89 EA.

establecidas o menores sean los requisitos para su aplicación, el principio se debilita. En el caso chileno, como veremos, existen ambos extremos: para los funcionarios de planta nos encontramos ante el primer supuesto, mientras que para los funcionarios a contrata en el segundo.

En el caso de los funcionarios públicos bajo el régimen a contrata, estamos ante un empleo de carácter transitorio en la dotación de una institución que puede durar como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año, por lo que se trata de un trabajo esencialmente precario. A ello debe añadirse que la jurisprudencia ha señalado que se puede poner término anticipado a la contrata cuando ésta ha sido dispuesta con la expresión “mientras sean necesarios sus servicios”, lo cual expresa como el principio de estabilidad en el empleo se ve diluido respecto a esta clase de funcionarios.

Los servidores públicos contratados a honorarios no gozan de estabilidad en el empleo²⁶, por cuanto el vínculo que los une con la Administración del Estado no es de naturaleza laboral, ya que se trata de labores accidentales y cometidos específicos que escapan al nivel de subordinación exigido a los empleados o trabajadores. Esto implica que el contrato puede terminar conforme lo hayan convenido las partes, y supletoriamente conforme a las normas del Código Civil relativas a los contratos civiles.

V. CAUSALES DE CESACIÓN DE FUNCIONES EN EL ESTATUTO ADMINISTRATIVO

El EA, en su Título VI “De la cesación de funciones”, artículos 146 y siguientes, regula las causales por las cuales un funcionario cesará en el cargo:

- Aceptación de renuncia;
- Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, en relación al respectivo cargo público;
- Declaración de vacancia;
- Destitución;
- Supresión del empleo;
- Término del período legal por el cual se es designado; y
- Fallecimiento.

²⁶ CGR, dictamen N° 65.424 de 2016.

1. Aceptación de renuncia.

Se encuentra regulada en los artículos 147 y 148 del Estatuto Administrativo. Se trata de un acto administrativo complejo, ya que requiere por una parte la renuncia del funcionario y por otra parte la aceptación de la autoridad competente.²⁷

La renuncia es el acto en virtud del cual el funcionario manifiesta a la autoridad que lo nombró la voluntad de hacer dejación de su cargo. Debe realizarse por escrito.

La renuncia debe ser aceptada por la autoridad competente y produce efecto desde la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto o resolución que la acepta, salvo si en la renuncia se indica una fecha determinada y la autoridad disponga que los efectos se producirán a contar de dicha fecha. En consecuencia, el funcionario no puede dejar el cargo mientras ello no ocurra, so pena de incurrir en responsabilidad administrativa por abandono de funciones.²⁸

La renuncia puede ser retenida por la autoridad solo cuando el funcionario se encontrare sometido a sumario administrativo²⁹ y emanen antecedentes serios de que pueda ser alejado de la institución por aplicación de la medida disciplinaria de destitución. En todo caso, no puede ser retenida por un lapso superior a treinta días.

La ley no lo señala, pero la jurisprudencia administrativa ha establecido que el funcionario puede retractarse de su renuncia hasta antes de la tramitación total de su aceptación, siempre y cuando no haya abandonado la Institución en dicho periodo.³⁰

2. Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional.

El funcionario cesa en el desempeño de sus funciones a contar del día en que deba empezar a recibir la pensión correspondiente a jubilación, pensión o renta vitalicia en régimen previsional, conforme lo dispone el artículo 149 del Estatuto Administrativo.

27 CGR, Dictámenes N°s 25.194 de 2014, 28.037 de 2013 y 15.476 de 2011.

28 CGR, Dictamen N° 44.480 de 2005.

29 El sumario administrativo es un procedimiento administrativo que busca determinar la responsabilidad administrativa que pudiera recaer sobre un funcionario. BERMUDEZ SOTO, JORGE, ob. cit., p. 468.

30 CGR, Dictámenes N°s 25.258 de 2012, 49.3679 de 2005 y 10.326 de 2007.

3. Declaración de vacancia.

Se trata de una decisión unilateral de la autoridad. El artículo 150 del Estatuto Administrativo establece las causales por las que procederá la declaración de vacancia:

a) Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo.

Se trata de una causal que comprende dos situaciones distintas: la salud incompatible y la salud irrecuperable.

La salud incompatible con el desempeño del cargo se encuentra establecida en el artículo 151 EA. Puede ser declarada por el Jefe superior del servicio cuando el funcionario haya hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años³¹ sin mediar salud irrecuperable. Para estos efectos no se considerarán las licencias médicas otorgadas a raíz de un accidente ocurrido en actos de servicio o de una enfermedad a consecuencia o con ocasión del desempeño de funciones del cargo³², ni las licencias médicas o permisos por maternidad o paternidad otorgados conforme a lo dispuesto por el Título II, del Libro II, del Código del Trabajo. La jurisprudencia ha entendido que la ley faculta al superior del servicio a declarar la vacancia del cargo sin considerar otros elementos, como por ejemplo la capacidad real de salud que pudiese tener el funcionario para desarrollar sus funciones al momento de estudiar la procedencia de la causal. Así, podemos encontrarnos con situaciones en las que el funcionario se haya recuperado completamente, no obstante su salud podría igualmente ser considerada como incompatible con base en los parámetros que establece la norma, que considera el pasado (últimos dos años) y no la capacidad actual y futura.³³ Sin perjuicio de ello, cabe

31 La facultad de calificar si existe salud incompatible con el cargo corresponde exclusivamente al jefe superior del servicio.

32 La calificación de “accidente en acto de servicio” y la de “enfermedad producida a consecuencia del desempeño de las funciones”, es realizada por la Comisión Médica de Medicina Preventiva e Invalidez del Servicio de salud correspondiente. (Artículo 115 del EA).

33 La jurisprudencia ha señalado que la causal de salud incompatible mencionada exige la concurrencia de requisitos de carácter objetivo, de manera que para su verificación resulta suficiente sumar los tiempos de licencias concedidas al funcionario. “...el recurrido dictó los actos impugnados en uso de sus prerrogativas y dentro de la órbita de sus atribuciones que según la ley le son propias y lo hizo debidamente fundado en las licencias médicas presentadas por la recurrente al Servicio todas con patologías calificadas como enfermedad común. Por otra parte, resulta razonable pensar que un funcionario que no ha estado en situación de desempeñar sus funciones por un lapso de seis meses en el período de dos años -la cuarta parte de dicho lapso- carece de aptitud

destacar que la norma establece que la salud incompatible “podrá” ser considerada por el Jefe superior de servicio, de lo que se desprende que existe cierto grado de discrecionalidad, pero en ningún caso puede admitir arbitrariedad en su decisión³⁴.

La declaración de vacancia por esta causal obedece a un hecho ajeno a la voluntad del funcionario público y del servicio público, que dice relación únicamente en el estado de salud del primero y se fundamenta en el principio de servicialidad de la Administración Pública.³⁵

La salud irrecuperable con el desempeño del cargo se halla contemplada a continuación, en el artículo 152 EA. La salud de un funcionario puede ser declarada como irrecuperable únicamente por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez. En tal caso, el funcionario deberá retirarse de la Administración dentro del plazo de seis meses contado desde la fecha en que se le notifique la resolución por la que aquella se declare. Si el funcionario no se retira una vez

para desempeñar el cargo, lo que impide calificar de arbitrario la decisión por el Director General de la Policía de Investigaciones.” CERDA CON PDI (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de marzo de 2016 (recurso de protección), Rol 100.684-2015 (Confirmado por la Corte Suprema, 28 de diciembre de 2016, Rol 19.306-2016). En el mismo sentido: GUTIERREZ (2014): Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de junio de 2014 (recurso de protección), Rol 1.731-2014; PINTO CON MINISTERIO (2013): Corte de Apelaciones de Temuco, 13 de diciembre de 2013 (recurso de protección), Rol 1.753-2013 (Confirmada por la Corte Suprema, 7 de abril de 2014, Rol 2.289-2014).

34 Esta norma se encuentra reproducida en el Estatuto Administrativo de los Empleados Municipales, Ley 18.883, en el art. 147 a) y 148, y en el DFL N° 1, que fija el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley 19.070, que aprobó el Estatuto de los Profesionales de la Educación, y de las leyes que la complementan y modifican, en su art. 72 letra h), siendo objeto de varios requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El TC ha establecido reiteradamente que la circunstancia de haber hecho uso de licencia médica por más de seis meses en los últimos dos años no habilita por sí sola al jefe de servicio para considerar que el funcionario tenga salud incompatible, sino cuando ellas sean indicativas de que el funcionario afectado no podrá recuperar el estado de salud que le permite desempeñar el cargo (STC de 13 de diciembre de 2012, Rol 2024-11-INA), y que, de existir efectivamente un estado de salud en el funcionario afectado que le impida desempeñar el cargo ella es constitutiva de falta de idoneidad personal para continuar en su trabajo, circunstancia que, al igual que ocurre con la capacidad, la Constitución contempla específicamente como factor de diferenciación en materia laboral en el art. 19 N° 16 inciso 3 (STC de 6 de abril de 2017, Rol 3016-16-INA).

35 El Tribunal Constitucional ha sostenido que “...no merece reproche alguno el criterio adoptado en el artículo 150, letra a), del Estatuto Administrativo, que permite declarar vacante un cargo público por salud irrecuperable o incompatible con el cargo de quien lo desempeña, pues, si ello ocurre, el funcionario afectado no podrá desempeñar en absoluto la función y tareas inherentes al mismo, o bien, lo hará de modo deficiente, por lo que no es razonable que ocupe un cargo cuya provisión por una persona idónea es necesaria para el cumplimiento de la función pública.” STC de 13 de diciembre de 2012, Rol 2024-11-INA. En el mismo sentido, STC de 15 de noviembre de 2016, Rol 3.028-16-INA.

transcurrido este plazo, el cargo se declarará vacante. Durante ese plazo de seis meses el funcionario no estará obligado a trabajar y gozará de todas las remuneraciones correspondientes a su empleo. La norma no distingue; por lo tanto, este beneficio se aplica tanto a los funcionarios de planta como a contrata.

b) Pérdida sobreviniente de alguno de los requisitos de ingreso a la Administración del Estado.

La LGBAE establece en su artículo 13 que para ingresar a la Administración del Estado se debe cumplir con los requisitos generales que determine el respectivo estatuto, con los que establece el título III de esta ley y con los exigidos para el cargo que se provea.

El EA señala en su artículo 12 los requisitos generales para ingresar a la Administración del Estado: ser ciudadano, salvo algunos casos específicos en que se permite contratar a extranjeros; haber cumplido con la ley de reclutamiento y movilización; tener salud compatible con el desempeño del cargo; haber aprobado la educación básica y poseer el nivel educacional o título acorde con la naturaleza del empleo; no haber cesado en un cargo público como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente o por medida disciplinaria; y no estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos.

El título III de la LBGAE, párrafo 2º, “De las inhabilidades e incompatibilidades administrativas”, indica que no podrán ingresar a la Administración del Estado las personas que tengan vigente o suscriban contratos o cauciones ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más con el respectivo organismo de la Administración Pública o que tengan litigios pendientes con éste, salvo los referidos al ejercicio de derechos propios; ni las personas que tengan la calidad de cónyuge o cierto grado de parentesco con las autoridades o funcionarios directivos del organismo al que postulan; ni quienes se hallen condenados por crimen o simple delito.

c) Calificación del funcionario en lista de Eliminación o Condicional.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 50 del EA, el funcionario calificado por resolución ejecutoriada en lista 4 o por dos años consecutivos en lista 3, deberá retirarse del servicio dentro de los quince días hábiles siguientes al término de la calificación. Si así no lo hiciera, el cargo se declarará vacante a contar del día siguiente a esa fecha. La

resolución se entenderá ejecutoriada desde el vencimiento del plazo para reclamar o desde que sea notificada la resolución de la Contraloría General de la República que falla el reclamo.

d) Por no presentación de renuncia, en aquellos casos de cargos de exclusiva confianza.

En los casos de cargos de exclusiva confianza, el Presidente de la República, o la autoridad llamada a efectuar el nombramiento, pedirá la renuncia del funcionario que se desempeñe en el cargo para efectos de su remoción. Si la renuncia no se presenta dentro de las cuarenta y ocho horas de requerida, se declarará vacante el cargo.

Cuando el término de funciones de un alto directivo público se produzca por petición de renuncia antes de concluir el plazo de nombramiento o de su renovación, tendrá derecho a gozar de una indemnización equivalente al total de las remuneraciones devengadas en el último mes, por cada año de servicio en la institución, con un máximo de seis.³⁶ Este derecho solo se genera respecto de aquel cargo que se encontraba ejerciendo el funcionario al momento del cese, y no pueden invocarse para su otorgamiento los lapsos servidos a propósito de una designación como transitorio y provisional.³⁷

4. Destitución.

La destitución es una medida disciplinaria, regulada en el artículo 125 EA, que consiste en la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento o designación de poner término a los servicios de un funcionario. Procederá ante el incumplimiento de sus obligaciones o deberes funcionarios, previa aplicación de sumario administrativo, en los siguientes casos:

- Vulneración grave del principio de probidad administrativa.
- Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada.
- Infracción de las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 EA, esto es, organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado, dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales

³⁶ Artículo Quincuagésimo octavo de la ley N° 19.882, en relación con el artículo 154 EA.

³⁷ CGR, dictámenes N°s 10.775 de 2011 y 82.091 de 2014.

o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado; atentar contra los bienes de la institución, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo, disminuyan su valor o causen su deterioro; incitar a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen; realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se consideran como una acción de este tipo el acoso sexual y la discriminación arbitraria.

- Condena por crimen o simple delito³⁸.
- Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.
- En los demás casos que señalen el EA o leyes especiales.

La aplicación de esta medida disciplinaria requiere la aplicación previa de un sumario administrativo, que consiste en un procedimiento administrativo destinado a determinar la responsabilidad administrativa que pudiera recaer sobre un funcionario y se encuentra regulado en los art. 127 y siguientes EA. El sumario administrativo debe ordenarse mediante resolución por parte del jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda. En ella se designará el fiscal que estará a cargo del proceso, quien deberá tener igual o mayor grado o jerarquía que el funcionario que aparezca involucrado en los hechos.

El fiscal tendrá facultades amplias para realizar la investigación y los funcionarios estarán obligados a colaborar en lo que se les solicite. El plazo para ello es de veinte días, prorrogable hasta sesenta, al término de los cuales se declarará cerrada la investigación y se formularán los cargos a quien corresponda, o se solicitará el sobreseimiento en el plazo de tres días. El inculcado debe ser notificado de los cargos y tendrá un plazo de cinco días para presentar descargos, defensas y solicitar o

38 Si se le sancionare con la medida de destitución como consecuencia exclusiva de hechos que revisten caracteres de delito y en el proceso criminal hubiere sido absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados, el funcionario deberá ser reincorporado a la institución en el cargo que desempeñaba a la fecha de la destitución o en otro de igual jerarquía. En este caso conservará todos sus derechos y beneficios legales y previsionales, como si hubiere estado en actividad. (Artículo 120 inciso 1° EA).

presentar pruebas. Si solicitare rendir pruebas, el fiscal señalará un plazo para ello, el que no podrá exceder de veinte días. Vencido este plazo, el fiscal emitirá un dictamen, en el cual debe proponer la absolución o la sanción que corresponda aplicar, y si los hechos investigados pudieren importar la perpetración de delitos, debe solicitar que se remitan los antecedentes a la justicia ordinaria. En caso que se proponga la sanción de destitución, los antecedentes deben elevarse a la autoridad facultada para hacer el nombramiento, a fin de que ésta resuelva dentro de cinco días si absolverá al inculcado o aplicará la medida.

En contra de la resolución que ordene la aplicación de la medida, procede el recurso de reposición ante la misma autoridad que la hubiere dictado, y en subsidio el recurso de apelación, ante el superior jerárquico que impuso la medida disciplinaria. El plazo para la interposición de estos recursos es de cinco días contados desde la notificación de la resolución.

Durante el desarrollo del procedimiento sumario rige la garantía del debido proceso establecida en el art. 19 N°3 de la Constitución, pues los preceptos de derecho público relativos a las libertades y garantías de las personas deben ser interpretados extensivamente, cumpliéndose con los estándares de racionalidad y justicia para asegurar las condiciones para que los funcionarios públicos desplieguen una debida defensa, asistidos por abogados, inclusive en la etapa indagatoria.³⁹

Una vez que el funcionario público cesa en el cargo por aplicación de esta medida disciplinaria, se encuentra inhabilitado para ingresar a la Administración Pública, a menos que hayan transcurrido más de cinco años desde la fecha de expiración de sus funciones, conforme establece el art. 12 e) EA.⁴⁰

5. Supresión del empleo.

La supresión del empleo es una facultad conferida a la autoridad que no se encuentra condicionada a determinados supuestos o causales.

El artículo 154 EA establece que, en los casos de supresión del empleo por procesos de reestructuración o fusión, los funcionarios de planta que cesaren en sus cargos a consecuencia de no ser encasillados en nuevas plantas y que no cumplieren con los requisitos para acogerse a jubilación, tendrán derecho a gozar de una indemnización equivalente al total de las

39 CGR, dictámenes N°s. 28.226 de 2007, 62.188 de 2009, 65.120 de 2010, 24.733 de 2011 y 24.733 de 2011.

40 Esta inhabilidad alcanza cualquier tipo de vinculación con la Administración, tanto en calidad de funcionario público, a contrata o planta, como a honorarios. CGR, dictamen 6.591 de 2000.

remuneraciones devengadas en el último mes, por cada año de servicio en la institución, con un máximo de seis. Dicha indemnización no será imponible ni constituirá renta para ningún efecto legal.

Para acceder a la indemnización derivada de la supresión del empleo por procesos de reestructuración o fusión, deben cumplirse tres requisitos copulativos: a saber, debe tratarse de un funcionario de planta, el cese del cargo debe ser a consecuencia de no ser encasillado el funcionario en las nuevas plantas, y el funcionario no debe cumplir con los requisitos para acogerse a jubilación. En consecuencia, aquellos funcionarios a contrata no tienen derecho a acceder a ella, así como tampoco el personal contratado a honorarios.

6. Fallecimiento.

El cese de funciones se produce a contar del día siguiente a la defunción. Debe formalizarse mediante una resolución que declare la vacancia del cargo, y posteriormente la Contraloría General de la República debe tomar razón de dicha resolución.

7. Término del período legal por el cual se es designado.

La cesación de funciones se produce inmediatamente cuando termina el período legal o se cumple el plazo por el cual es nombrado el funcionario, salvo que se encontrare en tramitación un decreto que renueve su nombramiento o contrato, en cuyo caso el funcionario continuará ejerciendo sus funciones con los mismos derechos y prerrogativas (Artículo 153 EA).

La desvinculación se produce por el solo ministerio de la ley, sin que sea necesario emitir un documento formal ni notificar al afectado el cese de sus funciones.

Esta causal se aplica, entre otros, a los cargos a contrata que son definidos por esencia como transitorios, ya que pueden durar como máximo solo hasta el 31 de diciembre de cada año, salvo que hubiere sido propuesta prórroga con treinta días de anticipación a lo menos; a los cargos de alta dirección pública, que duran tres años pudiendo ser renovados por la autoridad hasta dos veces por igual periodo; y a los cargos vacantes que se sirven en calidad de suplente por un plazo determinado.

7.1. Situación actual de los funcionarios a contrata.

En el caso de los funcionarios a contrata, la propia ley ha establecido una modalidad de empleo que se caracteriza por la inestabilidad, atendido a que ha sido prevista como una forma de desarrollar funciones transitorias dentro de la Administración del Estado, que no puede exceder del 20% del total de cargos de planta⁴¹. Sin embargo, la realidad dista mucho de la teoría, ya que la planta de funcionarios asignada por ley para el desarrollo de la función pública es insuficiente para cubrir las necesidades y exigencias que el Estado de Chile sirve actualmente, lo cual ha puesto a los servicios públicos de la Administración Estatal en la necesidad de sostener una dotación de personal a contrata que supera el margen legal establecido por el EA, y destinada a asumir funciones permanentes.⁴²

El problema de esta situación es que nos encontramos en la práctica con funcionarios públicos que desarrollan funciones propias y permanentes de la institución que sirven, pero que no gozan de estabilidad en el empleo. Si bien el principio de la estabilidad en el empleo implica que la cesación de funciones solo puede producirse por una causal legalmente establecida, es claro que los funcionarios a contrata se encuentran en una situación inestable e incongruente, pues por una parte están conscientes de que su contrata está sujeta a plazo, pero por otra saben que las funciones que realizan son permanentes y necesarias para lograr los fines del servicio público, de modo tal que la causal de cesación de funcional por término del periodo legal por el que se es designado resulta ser aplicable desde el punto de vista formal, pero si las funciones que desarrolla el funcionario a contrata no son de carácter transitorio, la aplicación de la causal “término del periodo legal por el cual se es designado” carece de fundamento fáctico para el que fue establecida.

41 “La transitoriedad de los empleos a contrata emana de la naturaleza misma que revisten como de las labores que por medio de ellos se encomiendan. En efecto, las plazas que se contemplan en las respectivas plantas constituyen la dotación estable que el legislador ha considerado suficiente para que, en forma normal y permanente, el servicio pueda realizar la función administrativa que le corresponde; es por ello que a quienes sirven estos empleos los ha dotado de una carrera funcionaria dotada de estabilidad, a diferencia de lo que ocurre con los cargos que se sirven en calidad de contratado” CGR, dictamen N° 12.427 de 2004

42 Legalmente ello se ha solucionado mediante las leyes de presupuesto anual, que deben contemplar la renovación de las respectivas contrataciones y autorizar la superación del límite de porcentaje de estos funcionarios en relación a los de planta.

7.2. Principio de protección de la confianza legítima.

Las actuaciones de la Administración del Estado generan en los administrados la confianza de que ante situaciones similares se actuará de la misma manera. El principio de protección de la confianza legítima implica que esa confianza que el administrado deposita en la Administración debe ser amparada, y su fundamento se encuentra en los principios constitucionales de Estado de Derecho y de seguridad jurídica, establecidos en los artículos 5, 6, 7, 8 y 19 N° 26 de la Constitución.

En el caso de los funcionarios a contrata, ha de suponerse que cuando la contrata ha sido renovada de manera reiterada surge en el funcionario la legítima expectativa de que ello continuará ocurriendo. Esta confianza puede verse reforzada si los servicios que se prestan para la Administración no son de naturaleza transitoria.

La jurisprudencia administrativa, si bien ha reconocido el principio de confianza legítima desde hace largo tiempo como un límite al ejercicio del poder público, no había planteado sino hasta el año 2016 la aplicación de este principio a las contrataciones de los funcionarios⁴³. Al efecto, se ha establecido que del principio de la confianza legítima deriva el deber de los órganos de la Administración del Estado de tener una actuación coherente, por lo que en caso que se requiera adoptar una decisión distinta a la que se ha venido adoptando es necesario comunicar dicho cambio de criterio a través de un acto de carácter positivo debidamente motivado. Por ello, considera que la prórroga reiterada de una contrata torna permanente y constante la mantención del vínculo, generando en los funcionarios una legítima expectativa que les induce a confiar en la repetición de tal actuación, sosteniendo que dicha expectativa surge, a lo menos, a partir de la segunda renovación de contrata. En consecuencia, si la autoridad adopta una decisión distinta a través de un acto administrativo, debe explicitar los fundamentos que avalen tal decisión.

43 CGR, dictamen N° 22.766 de 2016. A propósito de un caso entablado por dos ex funcionarios municipales, cuyas contrata fueron renovadas durante quince y cuatro años, en cada caso, la CGR estableció que a éstos les asistió la confianza legítima de que serían recontratados para el año 2016, entendiendo que la confianza legítima se traduce en que no resulta procedente que la administración pueda cambiar su práctica ya sea con efectos retroactivos o de forma sorpresiva, cuando una actuación continuada haya generado en la persona la convicción de que se le tratará en lo sucesivo y bajo circunstancias similares, de igual manera que lo ha sido anteriormente. Este criterio, si bien se estableció a propósito del caso de funcionarios municipales, resulta plenamente aplicable al caso de los funcionarios públicos a contrata regidos por el EA.

El actual criterio da por superadas las teorías contenidas en la jurisprudencia administrativa anterior, que consideraba que el término de los servicios prestados operaba en virtud de una causal legal de cesación de funciones, sin que corresponda ponderar las razones que tuvo en cuenta el jefe superior del servicio para determinar, en uso de sus facultades, la no renovación del mismo⁴⁴. Este criterio ha sido adoptado también por la jurisprudencia judicial.⁴⁵

8. Cuando los servicios del funcionario a contrata dejan de ser necesarios.

Esta causal no está establecida expresamente en la ley, pero se ha construido sobre la base de lo dispuesto por los artículos 3 letra c) y 10 del EA, que establece que los empleos a contrata durarán, como máximo, solo hasta el 31 de diciembre de cada año, y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos.

44 CGR, dictámenes N°s 15.162 de 2002, 3.432 de 2007, 61.117 de 2008, 39.164 de 2009, 48.889 de 2012, entre otros.

45 “...la carga de motivar la decisión contraria a la expectativa legítima de renovación de la contrata solo puede ser absuelta con motivos que no sean contrarios a derecho. Los tribunales de justicia, conociendo de la tutela laboral, pueden examinar si los motivos de la no renovación de la contrata, importan afectación de derechos fundamentales. En consecuencia, el inciso primero del artículo 10 del Estatuto Administrativo no impide examinar dichos motivos”. CS, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 2.11.2016, Rol ingreso N°36.491-15. “la mencionada confianza legítima se traduce en que no resulta procedente que la administración pueda cambiar su práctica, ya sea con efectos retroactivos o de forma sorpresiva, cuando una actuación continuada haya generado en la persona la convicción de que se le tratará en lo sucesivo y bajo circunstancias similares, de igual manera que lo ha sido anteriormente. Es deber derivado del principio de la confianza legítima que los órganos de la administración del Estado actúen coherentemente, y en el caso de determinar una decisión distinta a la que ha venido adoptando, dar comunicación de dicho cambio de criterio a través de un acto de carácter positivo debidamente motivado a través del cual este se manifieste, justificado en hechos o circunstancias comprobables. En este sentido se debe tener presente que el artículo 11 de la ley N° 19.880, dispone, en lo que importa, que “los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares”, razón por la cual resulta necesario que el acto que se dicte al efecto contenga el razonamiento y la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustenta su decisión. Por consiguiente, teniendo en cuenta que las reiteradas renovaciones de las contrataciones —desde la segunda renovación al menos— generan en los funcionarios que se desempeñan sujetos a esa modalidad, la confianza legítima de que tal práctica será reiterada en el futuro, para adoptar una determinación diversa, es menester -al amparo del referido principio-, que la autoridad emita un acto administrativo, que explice los fundamentos que avalan tal decisión”. CORDONES CON INSTITUTO (2017): Corte de Apelaciones de La Serena, 14 de febrero de 2017 (recurso de protección), Rol 2106-16.

De la norma se desprende que la autoridad está facultada para señalar una duración inferior, la cual debiera ser determinada en el respectivo instrumento de nombramiento, lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia administrativa como una facultad de razonable discrecionalidad en virtud de la cual el Jefe Superior del Servicio puede determinar en el respectivo instrumento de nombramiento un plazo determinado inferior al que establece la norma⁴⁶ o sujetar la contrata mientras sean necesarios los servicios⁴⁷, no pudiendo exceder en ningún caso del 31 de diciembre de cada año. En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia judicial, estimando que la figura del empleo a contrata conlleva implícita la facultad de la autoridad para poner término a las funciones del empleado a contrata antes del 31 de diciembre de cada año, sin que ello importe un comportamiento antijurídico.⁴⁸

En consecuencia, la expresión “mientras sean necesarios sus servicios” contenida en las contrata constituyere una especie de condición resolutoria meramente potestativa, que tradicionalmente ha sido entendida como una facultad de la autoridad para poner término a la misma cuando lo estime conveniente,⁴⁹ sin que para ello sea necesario una particular argumentación, de modo que dicha causa constituye en sí misma fundamento suficiente para terminar la designación del servidor.⁵⁰ Actualmente, siguiendo la misma lógica que en el caso de las no renovaciones de contrata, la jurisprudencia administrativa ha advertido que el acto administrativo que disponga el término anticipado de la contrata deberá fundar tal decisión⁵¹. En este sentido, cabe señalar que el art. 11 de la ley 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado, exige la motivación explícita en el mismo acto administrativo que contiene la decisión, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, en concordancia con lo dispuesto por el art. 41 inciso 4º, que exige que la decisión que contengan las resoluciones debe ser fundada, por lo que

46 CGR, dictamen N° 30.295 de 2008.

47 CGR, dictámenes N°s 5822 de 2011, 41.663 bis de 2001, 53.554 de 2002 y 19.920 de 2007.

48 “...la autoridad administrativa denunciada se encontraba legalmente facultada para cesar los servicios a contrata de la parte recurrente, servicios cuya principal característica es la precariedad en su duración, supeditada a las necesidades de la entidad empleadora, de manera que al acudir la recurrida precisamente a esta causal sólo ha hecho uso de la facultad antes descrita.”.ANCELOVICI CON SENDA (2016): Corte Suprema, 22 de marzo de 2016 (recurso de protección) Rol 4.227-2016.

49 CGR, dictamen N° 16.557 de 2010, 74.764 de 2012, 80.960 de 2014.

50 CGR, dictámenes N°s 34139 de 2010, 2837 de 2015 y 61.196 de 2015.

51 CGR, dictamen N° 23.518 de 2016.

el acto no solo debe ser legal, sino también razonablemente motivado. La jurisprudencia judicial también ha comenzado a manifestarse en este sentido, aunque se mantiene dividida.⁵²

Ello pone de manifiesto el surgimiento de una nueva cuestión que consiste en determinar cuándo se entiende que los servicios dejan de ser necesarios, planteándose la legítima duda sobre si esta condición alcanza circunstancias objetivas relacionadas con las necesidades del servicio propiamente tal, o si por el contrario alcanza aspectos subjetivos del desempeño del funcionario.

52 La jurisprudencia se ha mostrado dividida, lo que da cuenta de fallos dictados con disidencia de los integrantes del máximo Tribunal chileno. Por ejemplo, conociendo de la apelación de un recurso de protección, el fallo ha señalado que: “...la decisión de la autoridad administrativa en orden a poner término anticipado a la contrata del recurrente evidencia ser arbitraria, toda vez que los fundamentos explicitados en la resolución impugnada resultan insuficientes para justificar la terminación de su empleo a contrata, teniendo en especial consideración para ello, como ya se indicó, el prolongado período por el cual se extendió la prestación de servicios bajo la citada modalidad”, mientras que los votos disidentes de los Ministros Sra. Egnem y Sr. Pfeiffer señalan: “...el mismo texto legal determina en su artículo 10, en relación a la permanencia en esta última clase de cargos, que los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y quienes los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha por el solo ministerio de la ley; esto es, figura implícita la facultad de la autoridad para poner término a las funciones del empleado a contrata antes de la fecha recién indicada. PEÑA CON IPS (2016): Corte Suprema, 3 de octubre de 2010, Rol 35.196-2016. Ante otro caso similar, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de protección, estableció “... consta que el actor fue contratado a contar del “25 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016 o mientras sus servicios sean necesarios...” de lo anterior se colige la transitoriedad inherente al contrato celebrado entre las partes, por lo que su término, en caso alguno, supone vulneración a la igualdad ante la ley toda vez que opera esta calidad “contrata” y sus efectos de la misma forma en todos aquellos casos en que se tenga tal calidad, sin que la parte recurrente hubiera fundado y acreditado que en iguales condiciones la autoridad administrativa hubiera actuado de manera disímil. Que, por las mismas razones, tampoco se divisa una vulneración al derecho de propiedad, desde que las labores del recurrente no correspondían a funciones indefinidas, siendo estas esencialmente temporales y transitorias, lo que descarta la aseveración de tratarse de un derecho incorporado en su patrimonio, pues precisamente su precariedad está vinculada necesariamente a la necesidad de sus servicios, lo que corresponde a su jefatura decidir”. AGUIRRE CON CENABAST (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de junio de 2016, Rol 30.615-2016. El fallo fue recurrido en apelación, siendo confirmado por la Excma. Corte Suprema, con el voto disidente del Ministro Sr. Muñoz: “... Si bien no es discutible que la Administración cuenta con la habilitación legal para poner término a la contrata de manera anticipada, por el hecho de haber expresado «mientras sean necesarios sus servicios», no se han expresado las motivaciones que le impulsan a adoptar tal determinación. Por otra parte, esta falta de fundamentación torna igualmente en arbitraria la determinación, que al estar desprovista de fundamentos de hecho se sustenta en el solo capricho o voluntad desnuda de la autoridad que la adopta, a contrario sensu de lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4 de la ley 19.880.”. AGUIRRE CON CENABAST (2016): Corte Suprema, 26 de septiembre de 2016 (recurso de protección), Rol 40.599-2016.

VI. MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN O RECLAMO CONTRA EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE ESTABLECE EL CESE DE FUNCIONES O ANTE LA NO RENOVACIÓN DE CONTRATA

El art. 160 EA establece que los funcionarios tendrán el derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el Estatuto.⁵³

El plazo para reclamar es de diez días hábiles, contados desde que tuvieren conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio de que se reclama, por tanto deberá entenderse desde la notificación del acto que explicita las razones de la no renovación o prórroga de la contrata. En el evento de no dictarse el acto administrativo, el plazo deberá contarse desde que ha resultado evidente que no se ha renovado, como por ejemplo si luego del vencimiento del plazo de la designación del funcionario se le impide ingresar a las dependencias del servicio o ejercer sus funciones.⁵⁴

Se trata de un procedimiento simple, pues una vez presentado el reclamo, la CGR solicita un informe al jefe superior del servicio respectivo, el que deberá ser emitido dentro de diez días hábiles siguientes a la solicitud. Vencido este plazo, con o sin el informe, la Contraloría debe resolver el reclamo disponiendo de veinte días hábiles para hacerlo. Si la Contraloría estima que se ha producido un vicio de legalidad, corresponde entender que la contratación del funcionario debe reestablecerse o prorrogarse en los mismos términos que regían hasta antes del cese de funciones. Contra la resolución de la Contraloría, procede el recurso de reposición.

53 Ello sin perjuicio de que los actos administrativos pueden ser impugnados a través de los recursos de reposición y jerárquico, de acuerdo al art. 59 de la ley 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.

El recurso de reposición debe interponerse dentro del plazo de cinco días ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna. El recurso jerárquico debe interponerse en el mismo plazo del recurso de reposición, de manera subsidiaria a este o directamente para ante el superior jerárquico de quien hubiere dictado el acto impugnado. El recurso jerárquico no procederá contra los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los alcaldes y de los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados. La autoridad llamada a pronunciarse sobre los recursos tendrá un plazo no superior a 30 días para resolverlos. Si se ha deducido recurso jerárquico, la autoridad llamada a resolverlo deberá oír previamente al órgano recurrido el que podrá formular sus descargos por cualquier medio, escrito o electrónico.

La resolución que acoja el recurso podrá modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado.

54 CGR, dictamen N° 85.700 de 2016.

Jurisdiccionalmente, los funcionarios públicos pueden ejercer la acción constitucional de protección consagrada en el art. 20 CPE, ante las acciones u omisiones arbitrarias o ilegales que causen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de determinados derechos y garantías consagrados en el art. 19 de la Carta fundamental. Debe interponerse ante la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de que ésta adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Así, por ejemplo, ante el término anticipado de una contrata, la Corte de Apelaciones respectiva podrá decretar una orden de no innovar, a fin de que el funcionario recurrente pueda continuar prestando servicios mientras el recurso se tramita.

VII. TUTELA JUDICIAL DE DERECHOS A TRAVÉS DEL DERECHO LABORAL COMÚN.

El derecho laboral común se encuentra contenido en el Código del Trabajo, que no se aplica a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial, conforme señala su artículo 1°. Sin embargo, los funcionarios públicos han recurrido ante los Juzgados de Letras del Trabajo, mediante la acción de tutela de derechos fundamentales que contempla dicho código en el párrafo 6° del título I del libro 5°.

Tradicionalmente, los tribunales laborales se declararon incompetentes para conocer de demandas interpuestas por funcionarios de la Administración del Estado⁵⁵, salvo en aquellas materias que su propio

55 La Corte Suprema, conociendo de un recurso de unificación de jurisprudencia, estableció en la sentencia de reemplazo lo siguiente: “...el Estatuto Administrativo establece su propia regulación en torno a las calidades funcionarias que pueden formar parte de una dotación institucional y en cuanto a las causales de expiración en los cargos de contratados y sus disposiciones, rigen con preferencia a quienes integran una dotación como la de que se trata, excluyendo el imperio del derecho laboral común en esos asuntos, al tenor de lo preceptuado tanto en los artículos 1° y 9° del mismo Estatuto Administrativo, como en los incisos segundo y tercero del artículo 1° del Código del Trabajo, sin perjuicio de considerarse además el artículo 13 del Código Civil”. “...el artículo 485 del Código del Trabajo, establece que este procedimiento –de tutela laboral– se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores que allí se precisan. Es decir, a la vinculación

estatuto remite expresamente al Código del Trabajo y a su competencia⁵⁶, pero a mediados del año 2014 la Corte Suprema unificó la jurisprudencia en sentido que los tribunales son competentes para conocer denuncias por vulneración de derechos fundamentales mediante el procedimiento de tutela, argumentando que a los funcionarios públicos les son aplicables las normas del Código del Trabajo si concurren dos requisitos copulativos: que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos y que ellas no fueren contrarias a estos últimos. En definitiva, estimó que no existiendo un procedimiento jurisdiccional en el Estatuto Administrativo que proteja al trabajador, ni existiendo norma que pugne con su protección, procede aplicar supletoriamente las normas del Código del Trabajo ante tal vacío legal.⁵⁷ Este criterio se ha mantenido por el máximo tribunal⁵⁸.

La acción de tutela, contemplada en el párrafo 6° del Título I del Libro V del Código del Trabajo, está prevista para ser aplicada respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de normas laborales que afecten determinados derechos fundamentales de los trabajadores, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en dicha relación. De la sola definición de este procedimiento, es posible inferir que está referido a la vinculación laboral que establece el Código del Trabajo en los términos de sus art.

surgida en los términos de los artículos 7° y 8° del mismo texto legal y, en caso alguno, a la relación estatutaria a la que se someten los funcionarios públicos a contrata, cuyo contenido está dado por las disposiciones de su propio estatuto, esto es, la Ley N° 18.834”. “...en consecuencia, debe entenderse unificada la jurisprudencia en el sentido que los juzgados laborales son incompetentes absolutamente, en razón de la materia, para conocer de una demanda de tutela de derechos laborales fundamentales incoada por una funcionaria pública...”. GASCA CON FISCO (2012): Corte Suprema, 3 de octubre de 2012, Rol 12.712-2011.

56 El EA se remite expresamente al Código del Trabajo, por ejemplo, al señalar dentro de las prohibiciones a las que se encuentra afecto el funcionario público el acoso sexual y la discriminación arbitraria en los términos que dispone el inciso 2° de dicho Código (art. 84, letras l) y m) EA); al establecer el derecho a gozar de las prestaciones y beneficios que contemplen los sistemas de protección a la maternidad, de acuerdo a las disposiciones del Título II, del Libro II, del Código del Trabajo (art. 89 EA); al regular el derecho a gozar de los permisos contemplados en el art. 66 del Código del Trabajo (art. 104 bis EA), etc.

57 BUSSENIUS CON CENABAST (2014): Corte Suprema, 30 de abril de 2014 (Unificación de Jurisprudencia. Sentencia de reemplazo), Rol 10.972-2013.

58 JARA CON MINISTERIO (2015): Corte Suprema, 25 de noviembre de 2015 (Unificación de Jurisprudencia), Rol 6.313-2015; BORDACHAR CON SERNAPESCA (2015): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2015 (Unificación de Jurisprudencia), Rol 4.150-2015; ALFARO CON MINISTERIO (2016): Corte Suprema, 16 de agosto de 2016 (Unificación de Jurisprudencia), Rol 6.417-2016; TORRES CON JUNJI (2016): Corte Suprema, 12 de octubre de 2016 (unificación de jurisprudencia), Rol 58.921-2016; CHANDIA CON FISCO (2016), 30 de noviembre de 2016 (Unificación de Jurisprudencia), Rol 6.870-2016.

7° y 8°, pues delimita su aplicación a las normas laborales que no son otras que las que dicho cuerpo legal contempla. Esta tesis se ve reforzada si se observa que el legislador laboral ha establecido un régimen indemnizatorio para el evento en que la vulneración de derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido, pues el art. 489 establece que en caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso 4° del art. 162 (sustitutiva de aviso previo) y la establecida en el art. 163 (por años de servicio), con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el art. 168 y, adicionalmente, una indemnización que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual. Dichas indemnizaciones son propias del Código del trabajo y aplicables a los trabajadores que se rigen por él, pues el Estatuto Administrativo, así como otros Estatutos especiales que rigen al personal de la Administración del Estado, no contempla tales indemnizaciones, salvo en el caso de la cesación de funciones por supresión del empleo. Si el legislador hubiese previsto la aplicación de este procedimiento para los funcionarios de la Administración del Estado regidos por sus propios estatutos, habría efectuado alguna distinción relativa a la procedencia de dichas indemnizaciones, pero no lo hace, lo que lleva a razonar que no consideró la situación de otros trabajadores más que los vinculados por un contrato de trabajo en los términos que el Código del Trabajo establece.

En la práctica, la aplicación de este procedimiento da lugar a ciertas incongruencias, pues en los casos que la denuncia de tutela se ha acogido se detectan algunos en que solo se ha condenado al pago de la indemnización especial que establece el art. 489, que puede fluctuar entre seis y once remuneraciones, atendido a que las otras indemnizaciones son incompatibles con el Estatuto que rige a los funcionarios de la Administración del Estado, por tener estricta relación con el despido reglamentado en el Código del Trabajo⁵⁹; y otros en que se ha condenado

59 En el caso de los funcionarios públicos las indemnizaciones son excepcionales, pues su establecimiento constituye materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (art. 65 N° 4 inciso 4 de la CPE) y constituye un gasto público que debe ser contemplado en el presupuesto estatal, de manera que no cabe concederlas mediante una vía distinta como la judicial. En este sentido se ha manifestado el TC a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los arts. 1 inciso 3 y 485 del Código del Trabajo por resultar inconstitucional el procedimiento de tutela aplicado ante la denuncia de un funcionario municipal. El requerimiento fue declarado improcedente debido al estado procesal del juicio que se invocó como gestión pendiente, no obstante el Excmo. Tribunal pone en evidencia las incongruencias de la aplicación jurisprudencial de este procedimiento a los funcionarios de la Administración del Estado. STC de 25 de julio de 2017, Rol 2926-15-INA.

al Estado al pago de dicha indemnización especial conjuntamente con las restantes indemnizaciones que indica la norma y que son propias de los trabajadores que prestan servicios en virtud de un contrato de trabajo.⁶⁰ Esta situación deja en evidencia que los tribunales han intentado dar solución ante la falta de un procedimiento específico contemplado en el Estatuto especial que rige a los funcionarios para proteger y garantizar sus derechos fundamentales, mediante un procedimiento específico establecido solo para los trabajadores sujetos al Código del Trabajo, resultando en una especie de engendro jurídico que cada tribunal intenta acomodar al caso concreto que le toca resolver.

Cabe señalar que la inexistencia de un procedimiento jurisdiccional específico para tutelar los derechos de los funcionarios públicos no ha implicado que estos últimos queden en desprotección, pues la acción constitucional de protección cumple precisamente esa función, pudiendo ordenar el reintegro del funcionario al servicio y reestablecer así el imperio del derecho. La diferencia de esta acción es que no da lugar a indemnización, pero nada obsta a que quien haya sufrido un daño pueda ser indemnizado conforme a las normas generales, por lo que puede decirse que el funcionario público en definitiva sí tiene las armas para protegerse ante la vulneración de sus derechos, de manera que no parece acertado que a funcionarios públicos se les aplique un procedimiento diseñado particularmente para trabajadores sujetos a contrato de trabajo.

La crítica a este respecto sin duda puede enfocarse desde el punto de vista de los costos en tiempo y dinero que genera un procedimiento civil de indemnización de perjuicios, sumado a la dificultad probatoria de acreditar los elementos de la responsabilidad civil, versus la rapidez y gratuidad del proceso laboral y el sistema de prueba indiciaria en materia de tutela laboral. Los incentivos para el potencial demandante sin duda están puestos para que opte por el procedimiento de tutela laboral, pero para ello es necesario que se invoque la lesión a alguno de los derechos fundamentales que el art. 485 menciona.

60 La aplicación de las indemnizaciones sustitutivas de aviso previo y por años de servicio resultan en todo caso del todo inadecuadas, puesto que su objetivo no es reparar el daño causado por vulneraciones a derechos fundamentales. Aun así, existen sentencias en que dichas indemnizaciones se han aplicado, argumentando que el artículo 489 del Código del Trabajo señala imperativamente que cuando se acoge la denuncia de tutela laboral el juez debe ordenar el pago de las indemnizaciones a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168. LARA CON MUNICIPALIDAD (2016): Corte de Apelaciones de Chillán, 16 de febrero de 2016 (recurso de nulidad), Rol 109-2015. ALMUNA CON MUNICIPALIDAD (2015): Corte de Apelaciones de Talca, 10 de noviembre de 2015 (recurso de nulidad), Rol 149-2015.

Finalmente, cabe hacer presente que sería deseable la instauración de un procedimiento efectivo de tutela de derechos (tanto constitucionales como legales) de los funcionarios públicos, que incluso pudiera establecer un sistema de indemnización tasada, pero diseñado especialmente para este tipo de trabajadores, considerando las particularidades relacionadas con la función pública que ejercen y la regulación legal de los servicios de la Administración del Estado, lo que hace patente la necesidad de una reforma legal y pone de manifiesto que la solución debe entregarla el poder legislativo y no el judicial, como se ha intentado.

VIII. CONCLUSIÓN

El principio de estabilidad en el empleo se refleja de una forma que contrasta fuertemente entre los funcionarios de planta y a contrata. Mientras que para los primeros existe un sistema complejo y objetivo para optar a su desvinculación, que en la práctica la torna muy difícil, la temporalidad, que por esencia caracteriza a la segunda modalidad, hace que este principio se manifieste de manera más tenue. El problema, sin embargo, no radica en la temporalidad de estos servicios, sino en que la realidad actual del Estado chileno lo ha puesto en la necesidad de contratar bajo esta modalidad a funcionarios que desempeñan funciones permanentes, con lo cual la temporalidad no se justifica y por ende tampoco se justifica el cese de funciones por el término del periodo de contratación. Ante esta situación el principio de estabilidad en el empleo decae absolutamente, lo que hace necesario y urgente que el Estado se adecúe a la realidad y contemple una plantilla fija de funcionarios capaz de atender apropiadamente lo que la función pública exige.

Actualmente, han sido los tribunales de justicia quienes han jugado un papel preponderante en dos aspectos. Por una parte, la interpretación de las normas sustantivas contenidas en el Estatuto Administrativo denota un avance hacia la necesidad de justificar y fundamentar los actos de la Administración, dejando atrás el argumento de la discrecionalidad del Jefe de Servicio como punto final de la discusión, y esta exigencia se ha manifestado tanto en los casos analizados por los tribunales bajo la lógica propia del derecho del trabajo, en procedimientos de tutela de derechos fundamentales, como en aquellos analizados desde la perspectiva constitucional y administrativa, en procedimientos de recursos de protección, aunque aún se observa disparidad en los pronunciamientos.

En segundo lugar, amparados en la conjeturada supletoriedad del Código del Trabajo, han participado de la definición del procedimiento y derechos aplicables a los funcionarios públicos ante el cese de sus funciones, generando interpretaciones jurídicas diversas y dispares, que además resultan en una incompatibilidad evidente con las normas jurídicas propias del derecho administrativo y de la Constitución.

Los dictámenes administrativos también han hecho lo suyo, interpretando y reinterpretoando normas jurídicas con el objetivo de avanzar hacia una efectiva estabilidad en el empleo, sin embargo ello no soluciona el problema de la situación fáctica actual del Estado chileno, en relación a la dicotomía entre la función realizada y la planta de personal contemplada, con la consecuente incertidumbre jurídica que afecta a quienes prestan servicios permanentes bajo una modalidad pensada desde la temporalidad.

Tanto para los funcionarios de planta como para los funcionarios a contrata, resultaría adecuado poder contar con un procedimiento legalmente establecido, efectivo y específico de impugnación contra la decisión de la Administración que determina el cese de sus funciones, con el objeto de obtener el restablecimiento de sus derechos, a través de la reincorporación, o la reparación ante el quebrantamiento de los mismos, mediante el establecimiento de indemnizaciones. Lo importante es que se trate un procedimiento que sea diseñado especialmente para este tipo de trabajadores, considerando las particularidades relacionadas con la función pública que ejercen y la regulación legal de los servicios de la Administración del Estado.

CAUSALES DE TÉRMINO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y EL CONVENIO NÚM. 158 DE LA OIT: EL DESAHUCIO Y LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN DE LA CAUSAL

Pablo Arellano Ortiz⁶¹

SUMARIO

1. Nuestra premisa para este trabajo homenaje. 2. Las causales de término de la relación de trabajo. 3. Las causales de terminación chilena y la exigibilidad del convenio n° 158 en Chile. 4. Conclusiones.

1.- NUESTRA PREMISA PARA ESTE TRABAJO HOMENAJE

No puedo comenzar este trabajo sin antes dedicar unas palabras a don Francisco Walker Errázuriz. Su extensa obra y su experiencia tienen en mí una gran influencia, lo que ha creado fuertes vínculos de amistad que nos han llevado a publicar juntos una nueva edición del libro “Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo”. Ello confirma además la enorme generosidad de don Francisco, la que agradezco.

61 Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Concepción de Chile. Doctor en Derecho de la Université Paris Ouest Nanterre La Defense, Francia; Master 2 Recherche Droit Social et Droit de la Santé de la Université de Paris X Nanterre, Francia; Master 2 Recherche Droit Social de la Université de Paris II Panthéon Assas, Francia; Profesor de Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: pablo.arellano@ucv.cl

Pero, además, escribir este trabajo tiene un alto valor para mí, ya que don Francisco fue miembro de la comisión de defensa de mi tesis doctoral en la Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, Francia. Nuestros recorridos han sido muy similares, e incluso ambos pasamos por la OIT en Ginebra. Por tanto, poder escribir en un libro este homenaje representa para mí una manera de seguir manifestándole mi gratitud.

Don Francisco representa a un académico distinto. Él mismo ha reconocido que la mitad de su vida profesional la ha dedicado a la academia y la otra mitad a trabajar como consultor, asesorando a sindicatos de trabajadores y de empleadores, y a trabajadores en forma individual⁶². La manera como se comportan las normas del derecho del trabajo ha sido una preocupación importante en su vida profesional, como recalca él mismo, haciendo que su forma de investigar comience por la experiencia.⁶³

Uno de los temas predilectos de don Francisco ha sido el de las causales de término de la relación de trabajo, y dentro de sus publicaciones encontramos numerosas opiniones en relación a dichas causales. Posee una postura clara sobre la indemnización por años de servicios y sobre la incorporación de los despidos colectivos⁶⁴, y a su vez, ha escrito sobre las causales de término en relación a la estabilidad del empleo.

En este trabajo nos gustaría retomar algunas ideas que posee el profesor Walker sobre las causales de término, esta vez vinculando el estudio con las exigencias de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en esta materia. De este modo, pretendemos vincular dos temas de estudios a los que el profesor Walker ha dedicado variados trabajos.

El trabajo que entregamos pretende sostener que las causales de terminación de nuestro Código del Trabajo se adecuan, en su mayoría, a las exigencias del Convenio N° 158 de la OIT, existiendo una causal que debe ser revisada y reformada: la del desahucio. La importancia de nuestra postura radica en que, a nuestro parecer, el citado convenio resulta exigible para nuestro país no obstante no estar ratificado, como veremos más adelante.

62 Así lo sostuvo en WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO, *La Actual Institucionalidad Laboral Chilena y sus perspectivas de mejoramiento*, Revista Laboral Chilena, Año 2009, Número 12, p. 77.

63 Ibid.

64 Ver al respecto: WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO, *Indemnización por años de servicio en el Chile de hoy: su mantención, modificación y supresión. Parte II'*, Revista Laboral Chilena, Año 2011, Número 1, p. 70-74; WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO, *Indemnización por años de servicio en el Chile de hoy: su mantención, modificación o supresión*, Revista Laboral Chilena, Año 2010, Número 12, p. 89-92; WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO, *La Actual Institucionalidad Laboral Chilena y sus perspectivas de mejoramiento*, Revista Laboral Chilena, Año 2009, Número 12, p. 77-82.

En primer lugar, trataremos las causales de término en nuestra legislación teniendo en cuenta lo escrito por el profesor Walker. En seguida, nos ocuparemos de las normas internacionales de la OIT en materia de terminación de la relación de trabajo; una vez desarrollado esto, pasaremos a explicar cómo este convenio y su contenido en materia de motivación de las causales pueden ser exigibles en nuestro país. Cerraremos este trabajo con algunas reflexiones finales sobre lo expuesto.

2.- LAS CAUSALES DE TÉRMINO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La posibilidad de poner término a la relación de trabajo es uno de los temas que ha acompañado desde muy temprano al derecho del trabajo, y nuestra legislación a este respecto no ha sido la excepción. Es así como las causales de terminación en nuestra legislación se pueden encontrar, entre otros textos legales, en la ley 4.000, el Código del Trabajo de 1931, la ley n° 16.455 de 1966, el Decreto ley n° 2.200 de 1978, la ley n° 18.018 de 1981, la ley n° 18.372 y el actual Código del Trabajo de 1987.⁶⁵

Sin embargo, el análisis de la doctrina sobre esta temática ha llevado a categorizar a las legislaciones de acuerdo a su mayor o menor estabilidad laboral. Las causales no son solo un argumento que habilita la terminación, sino que a la vez expresan los supuestos ideológicos detrás de las normas protectoras.

65 Sobre un análisis históricos de las causales ver: WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO y ARELLANO ORTIZ, PABLO, *Derecho de las relaciones laborales: un derecho vivo*, Librotecnia, Santiago, 2014, pp. 413-419; WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO, *Derecho de las relaciones laborales: un derecho vivo*, Editorial Universitaria, Santiago, 2003, WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO, *Indemnización por años de servicio en el Chile de hoy: su mantención, modificación y supresión. Parte II*, *Revista Laboral Chilena*, Año 2011, Número 1, p. 70-74. THAYER ARTEAGA, WILLIAMY NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO, *Manual de Derecho del Trabajo*, T IV, 2010. Editorial Jurídica de Chile, pp. 43-46; ROJAS MIÑO, IRENE, *El sistema de terminación del contrato de trabajo en la evolución histórica jurídica en Chile*, en Rojas Miño, Irene (Coordinadora) *Cincuenta años de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Homenaje*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AbeledoPerrot Legal Publishing Chile, 2011, pp. 37-58; WALKER LINARES, FRANCISCO, *Esquema del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, 1965.

De acuerdo al profesor Walker, las normas sobre terminación de la relación laboral se debaten en la actualidad entre dos criterios opuestos: el que privilegia la estabilidad en el empleo y el que opta por la libertad de despido. Entre ambas concepciones se da una posición intermedia, que en general se denomina por algunos como estabilidad relativa en el empleo. Esta posición intermedia es variable, por cuanto fluctúa en algunos casos en normativas cercanas al libre despido, y en otros se encuentra más vinculada a la estabilidad en el empleo.⁶⁶

El profesor Walker, por otra parte, ha distinguido entre estabilidad en el empleo y estabilidad laboral. Para él, “en términos absolutos, la “estabilidad del empleo”, que algunos denominan “propiedad del empleo”, se caracteriza fundamentalmente porque el trabajador no puede ser despedido por el empleador, salvo motivo grave previamente establecido por ley y con la autorización previa de un tribunal competente. En caso que el empleador despidiera al trabajador, debe ser reincorporado. En la actualidad ninguno de estos dos planteamientos extremos se refleja en las normas laborales, las que tienden a optar por posiciones intermedias. Sin embargo, no cabe duda que hay legislaciones que se acercan más a algunas de las dos opciones”.⁶⁷

Claro está que aunque la regla general del contrato de trabajo es que éste sea indefinido, ello no significa que deba ser perpetuo. Entonces, ¿qué hacer para ponerle término? El derecho del trabajo se ha ocupado de fijar causales específicas que lo habilitan, ajustándose a derecho. A su vez, el derecho se ha ocupado de establecer consecuencias cuando ese término no se ha ajustado a la normativa que se fije. Los profesores Gamonal y Guidi⁶⁸ han señalado que los derechos que las legislaciones han establecidos para el caso de un despido arbitrario o sin causa, y que se pueden ejercer copulativa o conjuntamente, son:

- Reintegro o reinstalación en el empleo;
- Vigencia de la relación con pago de remuneraciones;
- Indemnización subsidiaria de perjuicios; y
- Sanción, por ejemplo multa.

66 WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO, *Indemnización por años de servicio en el Chile de hoy: su mantención, modificación o supresión*, Revista Laboral Chilena, Año 2010, Número 12, p. 90.

67 WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO Y ARELLANO ORTIZ, PABLO, *Derecho de las relaciones laborales: un derecho vivo*, Librotecnia, Santiago, 2014, p. 411.

68 GAMONAL, SERGIO Y GUIDI CATERINA, *Manual del contrato de trabajo*, LegalPublishing Abeledo Perrot, 2012, pp. 258 y 259.

Volviendo a la noción de estabilidad, el profesor Walker señala en sus trabajos que el criterio más cercano a la estabilidad ha sido sustentado por los autores considerados por él como clásicos. Así, cita al profesor Mario de la Cueva, quien señala que la estabilidad del empleo consiste en otorgar carácter permanente a la relación del trabajo y hacer depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador, y excepcionalmente del patrón, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, las que hagan imposible su continuación⁶⁹. Dentro de este grupo de opiniones incluye a la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que se manifestó sobre la estabilidad en el empleo señalando que éste consiste en el derecho a permanecer en el cargo que el asalariado desempeña y, por tanto, no debe ser despedido sin causa justificada, debiendo además ser indemnizado adecuadamente cuando corresponda.⁷⁰

Los criterios sostenidos en sus trabajos por el profesor Walker, según él, “llevan también a separar el concepto de estabilidad en el empleo de la propiedad del empleo y de la inamovilidad, este último más propio del Derecho Administrativo. Asimismo, se tiende a darle a la estabilidad un carácter más bien relativo. En tal sentido se pronunciaba el profesor Héctor Escribar Mandiola, expresando que el término propiedad en el empleo significa, más bien, una aspiración más que una realidad jurídica, y a semejanza de otras expresiones del campo de la política social, constituye una programación social que es solo anticipación de un objeto todavía no alcanzado”⁷¹.

De acuerdo al profesor Walker, la estabilidad relativa en el empleo se caracteriza por⁷²- La existencia de una causal de despido preestablecida, más o menos amplia; - El pago de una indemnización legal en caso de despido justificado, vinculada a los años de servicios laborales; y- La innecesaria autorización previa de la autoridad para que el empleador pueda efectuar el despido.

En definitiva, la estabilidad laboral está determinada porque el empleador pueda poner término al contrato de trabajo por causales específicas. Pero las legislaciones pueden tener graduaciones en materia

69 WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO Y ARELLANO ORTIZ, PABLO. Op. Cit. p. 412.

70 WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO, *Indemnización por años de servicio en el Chile de hoy: su mantención, modificación o supresión*. *Revista Laboral Chilena*, Año 2010, Número 12, p. 90.

71 WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO Y ARELLANO ORTIZ, PABLO., *Derecho de las relaciones laborales: un derecho vivo*, Librotecnia, Santiago, 2014, p. 412.

72 *Ibidem*.

de las causales que establecen, y así se habla de estabilidad absoluta y de la relativa; esta última puede ser propia o impropia.

En la estabilidad laboral absoluta encontramos que el trabajador injustamente despedido es efectivamente reincorporado a sus labores una vez declarado nulo el despido.

La estabilidad laboral relativa puede ser propia o impropia. En la propia, es nulo el despido injustificado, pudiendo el trabajador seguir considerándose empleado de la empresa y percibiendo su salario incluso si el empleador no lo readmite. En la impropia no produce la ineffectividad del despido, sino que sanciona al empleador por su incumplimiento contractual.

Se debe tener en cuenta la advertencia que hace el profesor Walker al señalar que al relativizarse la estabilidad se pierde el sentido de ésta pues dejaría de poseer un carácter de garante del trabajador en la estabilidad en el empleo⁷³. Como él expresa, estas situaciones llevan a una fuerte flexibilización de las normas sobre esta materia, lo que puede tener consecuencias negativas para los trabajadores.

Por su parte, la profesora Irene Rojas ha señalado que en nuestro país “en la perspectiva de la estabilidad, el ordenamiento jurídico ha 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”⁷⁴. De esta manera, nuestra legislación en vista de la estabilidad laboral establece una regulación específica para el término de la relación de trabajo, estableciéndose causales, formalidades, indemnizaciones y consecuencias ante despidos injustificados, indebidos, improcedentes, carentes de causal o vulneratorios de derechos fundamentales.

De acuerdo a la profesora Lanata, las causales pueden ser definidas como aquellos hechos o faltas atribuibles a la persona de uno de los contratantes, que significa una violación de las obligaciones patrimoniales o personales a que deban dar cumplimiento y que, por tal motivo, autorizan a la otra parte para poner término al contrato observando procedimientos formales que la ley preceptúa.⁷⁵

De acuerdo a la profesora Rojas, nuestra legislación contempla un sistema causado de terminación del contrato de trabajo⁷⁶. Disentimos de

73 Ibid, p. 412.

74 ROJAS MIÑO, IRENE, *La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, 2013, 2 Semestre, p. 110.

75 LANATA FUENZALIDA, GABRIELA, *Contrato Individual de Trabajo*, Legal Publishing, 2010, p. 264.

76 ROJAS MIÑO, IRENE. *La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato*

esta opinión, si bien nuestra legislación posee causales de terminación que requieren una motivación para ser invocadas, a su vez que se contempla la figura del desahucio. Como veremos más adelante, éste consiste en la facultad del empleador de poder poner término sin expresión de causa alguna. Entonces, nuestro sistema de relaciones de trabajo en materia de despido no es causado, sino más bien preponderantemente causado, o que en gran parte de sus causales requiere motivación.

Las causales de término que se contemplan por la legislación chilena se pueden clasificar a nuestro entender de la siguiente manera:⁷⁷

- Causales objetivas. Se vinculan con hechos o acontecimientos que no dependen de la voluntad de las partes (muerte, caso fortuito o fuerza mayor, necesidades de la empresa), que acordado previamente por los contratantes implican un término del contrato por hechos objetivos (vencimiento del plazo o conclusión de la obra) o por sometimiento del empleador a un procedimiento concursal de liquidación (art. 163 bis⁷⁸).
- Causales subjetivas. Se vinculan con un acto volitivo posterior a la celebración del contrato. Este acto puede ser de una parte (renuncia) o de ambas (mutuo acuerdo), puede originarse ante un incumplimiento grave (causales disciplinarias⁷⁹) o por una pérdida de confianza en el trabajador (desahucio).

Es justamente la última de las causales subjetivas enunciadas en nuestra clasificación la que nos gustaría profundizar. Esta causal, que es

de trabajo en el ordenamiento laboral chileno, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, 2013, 2 Semestre, p. 110.

77 Criterio que también siguen GAMONAL, SERGIO y GUIDI, CATERINA, *Manual del contrato de trabajo*, LegalPublishing Abeledo Perrot, 2012, p. 260.

78 Recientemente introducido según como aparece en el texto por el N° 2 del artículo 350 de la Ley N° 20.720 (D.O.: 9.01.14), que comenzó a regir el 10 de octubre de 2014.

79 Sobre las causales disciplinarias ver: IRURETA URIARTE, PEDRO, *La configuración jurídica de las vías de hecho como causal del despido disciplinario*, en *Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Año 19, Número 2, 2013, pp. 179-206; IRURETA URIARTE, PEDRO, *Las inasistencias al trabajo como causa de terminación del contrato*, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXVI, N° 2, Diciembre 2013, pp. 39-65; Irureta Uriarte, Pedro, “La ejecución de actos dañosos como fundamento de extinción del contrato de trabajo”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, Año 20 - N° 2, 2013, pp. 147-173; Irureta Uriarte, Pedro, “La falta de probidad como causa de extinción del contrato de trabajo”, en *Estudios en homenaje al profesor William Thayer A.*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, Chile, noviembre 1998.

introducida a través del Decreto Ley N°2.200 el 15 de junio de 1978, en pleno régimen militar, introduce una importante flexibilización en el empleo. En palabras del profesor Walker, “se introdujo el desahucio unilateral dado por el empleador, vale decir, la posibilidad de despedir al trabajador sin expresión de causa, aun cuando en tal circunstancia estaba obligado a pagar una indemnización de un mes de remuneración por año de servicio en la empresa”⁸⁰.

El desahucio es el despido por la sola voluntad unilateral del empleador y sin expresión de causa. Su uso ha sido debatido, debido a que puede generar despidos abusivos y arbitrarios, y además, porque se podría tratar de la utilización de la teoría del abuso del derecho como una solución jurídica. A juicio del profesor Gamonal, en un sistema causado y de estabilidad relativa el desahucio es una figura excepcional⁸¹. El presente trabajo pretende justamente llamar la atención sobre esta causal excepcional en miras del Convenio N° 158, que exige que todo despido sea causado.

Veamos brevemente la consagración legal del desahucio en nuestro código. Su regulación se encuentra en el inciso 2° del artículo 161, que establece:

“En el caso de 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, y en el caso de los trabajadores de casa particular, el contrato de trabajo podrá, además, terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pagare al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. Regirá también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos”.

De dicho inciso se desprenden tres situaciones en que el empleador puede desahuciar:

80 Walker Errázuriz, Francisco y Arellano Ortiz, Pablo, *Derecho de las relaciones laborales: un derecho vivo*, Librotecnia, Santiago, 2014, p. 416. Ver también: Walker Errázuriz, Francisco, *Derecho de las relaciones laborales: un derecho vivo*, Editorial Universitaria, Santiago, 2003.

81 Gamonal, Sergio y Guidi, Caterina., *Manual del contrato de trabajo*, LegalPublishing Abeledo Perrot, 2012, p. 295

1.- *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.*

Se ha entendido que el trabajador debe estar dotado de un poder de carácter general y no de un simple mandato para ciertos actos específicos o poderes especiales. Es un poder que debe identificarse con quienes administran la empresa, encontrándose, normalmente, pocas personas en esta situación.

2.- *Trabajadores de casa particular.*

Pueden ser desahuciados, pero ese despido va acompañado de una forma particular de indemnización.

3.- *Cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.*

Sin duda que el elemento “confianza” de una u otra forma estará siempre presente en el contrato de trabajo.

Como se puede constatar, se trata de casos excepcionales y de categorías de trabajadores bien específicas. Pero no por estar limitado su campo de aplicación su uso no resulta abusivo. A nuestro parecer, la sola existencia de una causal que no requiere motivación es cuestionable, ya que todo trabajador tiene derecho a conocer los motivos que llevaron a su empleador a poner fin a la relación de trabajo. La exigencia de esta motivación existe a nivel de normas internacionales y es por ello que resulta pertinente su estudio.

3.- LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE TÉRMINO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO: EL CONVENIO 158

El profesor Walker ha señalado en relación a la terminación de la relación de trabajo “que la OIT privilegia claramente la estabilidad relativa en el empleo, al estimar que el empleador no puede poner término a la relación de trabajo, a menos que exista una causal justificada relacionada con la capacidad del trabajador, su conducta, motivos económicos, o necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”⁸².

82 Walker Errázuriz, Francisco, “Indemnización por años de servicio en el Chile de hoy: su mantención, modificación o supresión”, *Revista Laboral Chilena*, Año 2010, Número 12, p. 91.

Agrega, además, que “la doctrina de la OIT expresa que se deberá tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio de que para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio se deban atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo. En estos casos debería consultarse a las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas”⁸³.

La Organización Internacional del Trabajo⁸⁴ ha establecido normas mínimas sobre la materia, existiendo a la fecha tres instrumentos específicos sobre la terminación del contrato de trabajo: la Recomendación N° 119, de 1963, y el Convenio N° 158 y la Recomendación N° 166, ambos de 1982.

Para los efectos de este trabajo nos ocuparemos solamente del Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982. Este convenio posee 22 artículos y tiene 4 partes, a saber: Parte I. Métodos de Aplicación, Campo de Aplicación y Definiciones; Parte II. Normas de Aplicación General; Parte III. Disposiciones Complementarias; Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Motivos Económicos, Tecnológicos, Estructurales o Análogos; y Parte IV. Disposiciones Finales.

De este contenido nos interesa la Parte II. Normas de Aplicación General, la cual posee las siguientes secciones: Sección A. Justificación de la Terminación; Sección B. Procedimientos Previos a la Terminación o en Ocasión de ésta; Sección C. Recurso Contra la Terminación; Sección D. Plazo de Preaviso; Sección E. Indemnización por fin de Servicios y Otras Medidas de Protección de los Ingresos.

De entre estas secciones, la primera llama fuertemente la atención en relación a las causales de terminación de la relación de trabajo que se contemplan en nuestro Código del Trabajo, ya que esta sección A trata el tema de la justificación de la Terminación, estableciendo claramente en su artículo 4: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades

83 Walker Errázuriz, Francisco, “Indemnización por años de servicio en el Chile de hoy: su mantención, modificación o supresión”, *Revista Laboral Chilena*, Año 2010, Número 12, p. 91.

84 Sobre esta organización y sus normas ver: Servais, Jean Michel. *Normes Internationales du Travail*, L.G.D.J., Paris, 2004; Javillier, Jean-Claude y Gernigon, Bernard, (sous la direction de), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Válticos*, Bureau International du Travail, Geneva, 2004; Válticos, Nicolás, *Droit International du Travail*, Editorial Dalloz, París, Francia, 1983

de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”⁸⁵.

En el Artículo 5 se establecen cuáles son aquellos motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, a saber:

- (a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;
- (b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- (c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes;
- (d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;
- (e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión tampoco debe constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo, según lo señala el artículo 6 del mismo Convenio.

La OIT⁸⁶ ha señalado en relación con la justificación que “se establece como principio básico que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con: a) su capacidad, o b) su conducta, o c) basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Determinados motivos no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, por ejemplo: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos; la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; y la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

⁸⁵ Lo subrayado es nuestro.

⁸⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Instrumentos sobre despido, Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166)*, Ginebra, 18-21 de abril de 2011, p. 11.

La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión tampoco deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo, aunque la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo será determinada de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio”. Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha señalado⁸⁷ que “la piedra angular de las disposiciones del Convenio es el requisito de que la terminación se fundamente en una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

El Estudio General de la OIT⁸⁸ sobre esta materia indica que “la necesidad de que la terminación se fundamente en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio. Al adoptarse este principio, el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización. A este respecto, cabe destacar que la cuestión de la terminación por causa justificada es distinta de la de saber si el trabajador tendrá derecho a recibir un preaviso y una indemnización de terminación. En el Convenio se exige que exista una causa justificada de terminación, ya sea que se efectúe éste con aviso previo o no. Dicho en otros términos, la notificación de un preaviso al trabajador no exime al empleador de justificar la terminación”. Agrega el mismo estudio que “la obligación que se establece en el Convenio de fundamentar la terminación de la relación de trabajo en una causa justificada rige únicamente con respecto al empleador”. En relación a la justificación establecida, dispone el trabajo que “al tenor del Convenio, los motivos que pueden invocarse son los que guardan relación con la capacidad» o «conducta» del trabajador, o los que se basan «en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio». En vista

87 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Instrumentos sobre despido, Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166)*, Ginebra, 18-21 de abril de 2011, p. 16.

88 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Protección contra el despido injustificado*, Conferencia Internacional del Trabajo 82 a reunión 1995, Informe 111 (Parte 4B), Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm. 166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19,22 y 35 de la Constitución), p. 37.

de la generalidad de los términos utilizados, la definición de la índole de las causas justificadas que figura en el artículo 4 del Convenio se sitúa en un punto medio entre las definiciones más lacónicas de ciertas leyes y las de otros textos más precisos que enumeran las diversas causas justificadas. Esta definición corresponde en gran medida a la que se usa corrientemente en varios países, donde las nociones de capacidad y conducta del trabajador y las de necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio concuerdan con la mayoría de las razones precisas que en ciertas leyes se consideran causas justificadas de terminación”⁸⁹.

Un caso interesante de análisis en torno a la falta de motivación de la causal de terminación lo constituye la legislación francesa y el reciente fracaso de su contrato de nuevos empleos (*Contrat de nouvelles embauches* o CNE, según su sigla en francés). Antes de explicar lo ocurrido en este caso debemos señalar que este tipo de regulaciones son consideradas como la tendencia hoy en día en el mundo, por lo que se debe poner atención a ésta por su extrema flexibilización de la protección de relaciones laborales⁹⁰.

El CNE surge en Francia a través de la Ordenanza N° 2005-893 de dos de agosto de 2005, y consiste en un contrato con carácter indefinido destinado a las empresas de más de veinte empleados (pequeñas y muy pequeñas). Sin embargo, el contrato poseía una particularidad: se contemplaba un periodo de “consolidación de empleo” de dos años, lo que en otros términos se puede calificar como un periodo de prueba de dos años. Durante ese periodo de dos años el empleador podía romper el contrato de CNE sin anunciar el motivo del despido. El periodo de prueba tan largo y la posibilidad de despedir sin motivo causaron gran revuelo en Francia. Claramente estas dos características principales del contrato fueron declaradas contrarias al derecho internacional por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 14 de noviembre de 2007⁹¹. Además, los tribunales en muchas ocasiones recalificaron el CNE

89 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Protección contra el despido injustificado*, Conferencia Internacional del Trabajo 82 a reunión 1995, Informe 111 (Parte 4B), Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm. 166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19,22 y 35 de la Constitución), p. 38.

90 Sobre la tendencia que mencionamos ver: Casale Giuseppe y Perulli, Adalberto, *Towards the simple employment contract. Comparative reflections*, Hart Publishing, International Labour Organisation, Geneva, 2014.

91 Al respecto cabe tener en cuenta Observación (CEACR) - Adopción: 2008, Publicación: 98ª reunión CIT (2009) Convenio sobre la terminación de la relación de

como si fuese la regla general de un contrato de duración indefinida. El CNE fue derogado por la Ley N° 2008-596 de 25 de junio de 2008 sobre la modernización del mercado de trabajo, publicada en el diario oficial francés el 26 de junio de 2008.

Resulta interesante notar no solo la legislación francesa a este respecto; se debe revisar la interesantísima jurisprudencia a que dio lugar este tipo de contrato. La primera decisión que se atrevió a pronunciarse sobre el tema es la del 20 de febrero de 2006, el Tribunal de Prud’Hommes⁹² de la ciudad de Longjumeau (región de Essonne). En esta decisión se condenó a un gerente de una PYME a pagar € 17,500 en daños y perjuicios por “período de prueba despido injustificado” y “ruptura en un período consolidación abusivo”. Los hechos consistieron en que un empleado de 51 años, técnico controlador de automóvil, había sido contratado el día 21 de mayo de 2005 en una PYME con un contrato a duración indefinida. El 6 de agosto, dos días después de la entrada en vigor del CNE, fue despedido en período de prueba y recontratado por otra PYME que creó la primera PYME con una estructura común de gestión de personal, para trabajar en una posición similar, esta vez con un contrato de tipo CNE. El 30 de agosto, el empresario rompe el CNE

trabajo, 1982 (núm. 158) - Francia (Ratificación : 1989) Artículo 24 de la Constitución de la OIT. Seguimiento de una reclamación. En la memoria recibida en octubre de 2008, el Gobierno indica que, teniendo en cuenta las recomendaciones del Consejo de Administración de la OIT de 14 de noviembre de 2007, se adoptó la ley núm. 2008-596, de 25 de junio de 2008, sobre la modernización del mercado del trabajo quedando derogadas las disposiciones legislativas sobre el contrato «nuevas contrataciones» (CNE). La ley ha puesto en práctica un acuerdo tripartito nacional. Los CNE en curso a la fecha de publicación de la ley se transformaron en contratos de duración indeterminada. Además, el Tribunal de Casación, refiriéndose a las recomendaciones del comité tripartito, en una sentencia dictada por la Cámara Social el 1.º de julio de 2008, consideró que, de conformidad con el artículo 2, párrafo 2, del Convenio, el CNE no entraba en la categoría de contratos respecto de los cuales se podía derogar el dispositivo de protección previsto por el Convenio. El Tribunal de Casación también consideró que el CNE no se conformaba con los requerimientos del Convenio dado que se negaba a los trabajadores el derecho de defenderse de los cargos que se hayan formulado sobre su conducta o su rendimiento (artículo 7), se permitía despedir sin causa justificada (artículo 4) y se hacía pesar la carga de la prueba exclusivamente sobre el trabajador en caso de despido abusivo en virtud del artículo 5 del Convenio (artículo 9, párrafo 2). La Comisión recuerda que el principio de la aplicación directa del Convenio por parte de las jurisdicciones nacionales ya había sido establecido por el Tribunal de Casación en una sentencia de la Cámara Social de fecha 29 de marzo de 2006. La Comisión toma nota con satisfacción de las informaciones comunicadas que muestran que el Convenio se aplica a nivel nacional. La Comisión espera que en la próxima memoria del Gobierno se incluyan informaciones actualizadas sobre la aplicación práctica del Convenio y nuevos ejemplos de decisiones judiciales sobre las cuestiones de principio relativas a su aplicación.

92 Este es el nombre que tiene los tribunales colegiados que se encargan de resolver las cuestiones laborales en Francia.

durante el período de consolidación.

El 6 de julio de 2007, el Corte de Apelación de París, actuando en casación sobre la sentencia del Tribunal de Prud'Hommes de Longjumeau, dictaminó que el CNE era contrario al Convenio 158 de la OIT, diciendo que “el control de proporcionalidad no considera que el plazo de dos años establecido por la resolución de 2 de agosto de 2005, sea razonable”.

A mayor abundamiento, la Corte de Casación, en apelación, confirmó el 1 de julio de 2008 la sentencia dictada el 6 de julio de 2007 por la Corte de Apelaciones de París que establecía que el CNE no cumplió con los requisitos de la Convención No. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la medida en que se alejaba de las disposiciones generales sobre procedimiento previo al despido, de la exigencia de una causa real y seria, de su formulación y de su control, llegando así a la conclusión que la terminación de un CNE quedaba sujeto a las normas de orden público del Código del Trabajo aplicable a cualquier contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Claramente los principios establecidos en las normas internacionales de la OIT sobre esta materia sirvieron de sustento a los jueces para corregir la normativa que se quería introducir. El caso francés nos muestra cómo actúan las normas de la OIT cuando son exigidas en los tribunales de los países que las han ratificado. La cuestión que nos queda pendiente es qué podemos hacer en Chile, donde se tiene una baja tasa de ratificación de normas de la OIT, y sobre todo, considerando que no hemos ratificado el Convenio N° 158.

3.- LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN CHILENA Y LA EXIGIBILIDAD DEL CONVENIO N° 158 EN CHILE

En relación a las normas de la OIT, lo primero que podemos hacer es una promoción de la ratificación de convenios que no han sido ratificados por Chile e incitar a los diversos actores sociales a la necesidad de adecuarse a las normas internacionales. Aunque sabemos que ello puede tomar tiempo, a nuestro parecer la exigibilidad dentro de nuestro país no está supeditada a la ratificación de las normas de la OIT; una aplicación directa de los convenios es posible mediante la aplicación del artículo 5 inciso 2 de la Constitución. Sostenemos que en Chile existe un bloque de normas constitucionales y es por esta vía que podemos hacer exigibles los convenios no ratificados.

Debemos señalar que, de manera general, las normas que emanan de la OIT tienen un carácter vinculante para la legislación chilena. La entrada en vigor de los convenios está sujeta a las mismas condiciones que la ley y que cualquier otro tratado, a saber: la ratificación, la promulgación y la publicación. Para estas normas, la incorporación a la legislación nacional es indiscutible y su aplicación no plantea ningún problema. Otra cosa es la cuestión de la incorporación al derecho interno de los instrumentos de la OIT que no han sido ratificados por Chile, como la Declaración de 1998. En este sentido, la misma OIT ha dicho que la Declaración de 1998 era parte de su bloque de constitucionalidad⁹³. Chile, habiendo firmado el tratado de adhesión a esta organización, debe entonces respetar el texto de la Declaración como parte integrante de la Constitución de la OIT, que es vinculante para Chile, como miembro de la organización.⁹⁴

Por otra parte, se debe tener en cuenta que en derecho internacional hay que hacer la distinción⁹⁵ entre el derecho internacional convencional, y por otro lado, el derecho de gentes o derecho internacional no convencional o incluso simplemente *jus cogens*. El *jus cogens* puede ser definido como “expresión latina que significa “derecho vinculante”, utilizada para denotar una norma imperativa de derecho internacional general, tiene un valor universal de interés vital; más precisamente, regla aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto como una norma que no admite ninguna excepción y que solo puede modificarse por una nueva norma de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”⁹⁶. El derecho internacional convencional incluye los tratados comunes y los tratados sobre derechos humanos, y el *jus cogens* un derecho común superior a los tratados.

93 Ver Arellano Ortiz, Pablo, “La conformidad de la legislación chilena a las normas internacionales del trabajo de la OIT”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, Junio 2011. ISSN 0717-0599, pp. 39-60.

94 Cabe tener presente que Chile es incluso miembro fundador de la OIT y firmante del Tratado de Versalles de 1919.

95 La distinción no siempre ha sido clara. “Si ha habido una competencia real entre los términos ‘derecho internacional’ y ‘derecho de gentes’, hoy en día está totalmente resuelta. Mientras que el primero se utiliza más a menudo, ahora están unánimemente considerados como términos sinónimos e intercambiables. Sin embargo, la identidad entre estas dos apelaciones no es completa. El término ‘derecho internacional’ es cercano de la idea del derecho entre las naciones, mientras que el ‘derecho de gentes’ plantea la perspectiva mas amplia de un derecho común a las ‘gentes’ ”, Dallier, Patrick y Pellet, Alain, , *Droit international public*, Paris, L.D.G.J., 2002, p. 36.

96 Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, 8° edición, Paris, Association Henri Capitant, PUF, 2007, p. 531. Sobre esta noción ver también: Decaux, Emmanuel, “Les droits fondamentaux en droit international”, en *Actualité juridique: Droit administratif*, 20, (1998), p. 66.

Siguiendo lo expuesto, cabe hacer notar que algunos autores han afirmado que la reforma de 1989 ha limitado el alcance del artículo 5 inciso 2 al derecho internacional convencional⁹⁷. Sin embargo, el *jus cogens* tiene un nivel jerárquico superior al de los tratados internacionales, y por ende a su vez un valor superior a la Constitución⁹⁸.

Entonces cabe preguntarse por las normas que provienen de la OIT. En principio debemos entender que el tratado de constitución de la Organización pertenece sin duda alguna al derecho internacional convencional. Pero para el caso que afirmáramos que hay un bloque constitucional dentro de la OIT que contiene los derechos fundamentales de los trabajadores, este grupo de normas debería pertenecer al *jus cogens* ya que se trataría de un grupo de normas superiores de protección de los trabajadores. Además, Rossel indica que: “uno de los principios del derecho internacional público es el respeto de los derechos fundamentales”⁹⁹. Los principios del *jus cogens* fundamentales son, en su opinión, el principio *pacta sunt servanda*, la erradicación de la fuerza y el respeto de los derechos humanos, sin que esta enumeración sea exhaustiva y / o jerarquizada.

Por otra parte, el artículo 19 de la Constitución chilena al señalar que la Constitución garantiza a toda persona los derechos que enumera se está refiriendo a que estos derechos son anteriores al Estado¹⁰⁰, que existen otros derechos fuera de él y que el conjunto de estos derechos forman parte del *jus cogens*.

A mayor abundamiento, una característica propia al derecho internacional, en general, es su aplicabilidad directa e inmediata a todos los Estados sin que sea necesario que aquellos hayan participado en la formación de la norma¹⁰¹; una norma que no requiere la ratificación por el Estado puede ser incluida en esta categoría. Así, por ejemplo, la Declaración de 1998 puede ser considerada como normas de *jus cogens* por tratarse de una norma superior de protección de los trabajadores.

97 Nogueira Alcalá Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Ius et Praxis*, 2, (1997), p. 21 y ss.; Cea Egaña, José Luis, “Los tratados de derechos humanos y la Constitución política de la República”, en *Ius et Praxis*, 2, (1997), p. 82.

98 Cea Egaña, José Luis, *op. cit.*, p. 83.

99 Rossel Contreras, Mario, “Constitución y tratados de derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, 2, (1997), p. 115.

100 *Ibid.* p. 116.

101 Bustos Valderrama, Crisologo, “La incorporación de los tratados en el derecho Interno chileno. Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional”, en *Ius et Praxis*, 2, (1997), p. 74.

Por otro lado, se ha considerado que la reforma de 1989 introducida en la constitución abarca solamente los tratados sobre derechos humanos en vigor a la fecha de entrada en vigencia de la reforma, es decir al 17 de agosto de 1989; Cea Egaña señala, por el contrario, que se debe adoptar una interpretación dinámica de la constitución¹⁰². Pero esto no nos aclara la cuestión de si la Declaración de 1998, que es posterior a la reforma de la constitución chilena y contiene normas relativas a los derechos humanos, puede entonces ser incluida dentro del campo de la reforma.

¿Cómo determinar si las normas de *jus cogens* y las normas declarativas de la OIT están incluidas en la reforma chilena de 1989? Esto no nos deja más que mirar la historia de la reforma. Debe decirse que la *Concertación de Partidos por la Democracia*, una alianza de centro-izquierda, y el partido *Renovación Nacional*, perteneciente a la derecha, jugaron un papel importante en el período de transición a la democracia. Estas dos partes trabajaron juntas para democratizar la Constitución antes de la total entrada a la democracia. Como pone de manifiesto Francisco Cumplido¹⁰³, ex ministro de Justicia y negociador para la *Concertación*, si bien la propuesta original tenía por objeto los tratados internacionales ratificados y en vigor, así como la costumbre y los principios del derecho internacional, las negociaciones llegaron a la idea de que los derechos esenciales contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, textos bien conocidos por militares y por los negociadores, serían parte de la Constitución¹⁰⁴. Así, las normas sobre derechos humanos aplicables a la OIT y que fundan su mandato se encuentran incluidas en la reforma. La idea de estos políticos era considerar los derechos humanos como *jus cogens* en el sentido amplio, manteniendo una ventana hacia el futuro. Es en este sentido amplio que encontramos las normas de las declaraciones de la OIT y su aplicabilidad directa en Chile.

Díaz Toloza ha sostenido recientemente: “El DI puede y debe ser utilizado a nivel interno en la búsqueda de un sistema de derecho que se retroalimente y complementa para procurar así la solidificación de las bases morales en salvaguarda de los derechos de la persona. El Estado Constitucional de Derecho se sustenta en una base axiológica de respeto cabal no solo de la democracia, sino sobre todo en la promoción

102 Cea Egaña, José Luis, *op. cit.*, p. 83.

103 Cumplido, Francisco, “Los tratados internacionales y el artículo 5° de la Constitución”, en *Ius et Praxis*, 2, (1997), p. 94.

104 *Ibid.*, p. 95.

y respeto de los derechos fundamentales, por tanto es menester dar reconocimiento y aplicación a las normas de *ius cogens*”.¹⁰⁵

5.- CONCLUSIONES

A nuestro parecer, este país posee un nivel de ratificación importante, pero aún muy lejano a lo que se podría hacer. Pensamos fuertemente que Chile cumple muchos convenios de la OIT pero ha faltado la voluntad política para su ratificación. Sin embargo, la ratificación no debería impedir que las normas internacionales de la OIT sean exigibles directamente ante nuestros tribunales, ya sea mediante el juego de los bloques de constitucionalidad, ya sea por el *jus cogens*. Esto implica un control de conformidad de las normas internacionales de manera directa por los jueces nacionales.

Entonces, de lo que hemos expuesto se debe colegir que el Convenio N° 158, no obstante no estar ratificado, puede ser exigible en nuestro ordenamiento jurídico. En este ejercicio se debe señalar, además, que la causal del desahucio no se encuentra en línea con las exigencias de dicho convenio.

Que tal como sucedió en el caso francés expuesto, la labor de la judicatura del trabajo toma un rol protagónico ante los posibles abusos de causales de terminación que no poseen motivación. Esperamos y confiamos que los jueces del trabajo velen por que la terminación de la relación de trabajo se ajuste a los requerimientos del Convenio N° 158.

Finalmente, quisiéramos recordar las palabras del profesor Walker, quien ha señalado que “en materia de terminación de la relación laboral, debe buscarse un equilibrio entre la necesaria protección al trabajador y el funcionamiento eficaz y eficiente de la empresa”¹⁰⁶. Además, que “el tema de la “estabilidad del empleo se encuentra muy ligado al de la protección de los trabajadores cesantes y al seguro de desempleo”¹⁰⁷. Compartimos estas palabras pero agregamos que un buen sistema de terminación de la relación de trabajo debe poseer causales que exijan

105 Díaz Toloza, Regina Ingrid, “El reconocimiento del IUS COGENS en el ordenamiento jurídico chileno”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 41, N°2, 2014, p. 580.

106 Walker Errázuriz, Francisco, “Indemnización por años de servicio en el Chile de hoy: su mantención, modificación o supresión”, *Revista Laboral Chilena*, Año 2010, Número 12, p. 90.

107 Walker Errázuriz, Francisco y Arellano Ortiz, Pablo, *Derecho de las relaciones laborales: un derecho vivo*, Librotecnia, Santiago, 2014, p. 413.

una motivación justificada tal como lo exige la OIT. Nuestra legislación debe sin duda adaptarse en esta materia.

LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Hugo Cifuentes Lillo*
Carmen Naranjo Carvacho**
Marco Vásquez Bermejo ***

SUMARIO

Introducción. 2. Financiamiento de las prestaciones. 3. Pensiones. 4. Protección en materia de salud. 5. Seguro Social por riesgos del trabajo. 6. Seguro desempleo (Cesantía). 7. Sistema de prestaciones familiares. 8. Presentación esquemática de las prestaciones de seguridad social terminada la relación laboral. 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho de la Seguridad Social¹⁰⁹ y el Derecho del Trabajo¹¹⁰

* Abogado, Doctor en Derecho y Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Director de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) para Chile. hugocifuentes@hclabogado.cl

* Abogado, Master en dirección y gestión de los sistemas de Seguridad Social. Profesora de Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Talca. cnaranjo@suseso.gob.cl

* Egresado de derecho, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. movasque@uc.cl

109 Conjunto integrado de principios, de normas e instituciones de ordenación estatal, destinadas a otorgar protección a las personas frente a las contingencias o estados de necesidad (riesgos sociales) a través de prestaciones (transferencias) en dinero o en especie, de financiamiento contributivo o no contributivo, cuya administración puede ser pública y/o privada, debiendo el Estado asegurar un mínimo de protección a su población. CIFUENTES LILLO, HUGO; ARELLANO ORTIZ, PABLO y WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO *Seguridad Social Parte General y Pensiones*. Editorial Librotecnia. Santiago, 2013. Pág. 42.

110 Marco institucional de un sistema de relaciones de trabajo, regulando, en

son ramas independientes y autónomas, pero con vinculaciones muy relevantes y necesarias. En lo principal, y conforme las clasificaciones tradicionales, la primera es propia del Derecho Público y la segunda del Derecho Privado (al menos, básicamente). En todo caso, ambas ramas se integran en el denominado Derecho Social¹¹¹¹¹².

Las relaciones entre estas ramas del derecho se presentan especialmente (pero no de forma excluyente) en el aseguramiento contributivo (con cotizaciones) para los trabajadores dependientes y subordinados, con prestaciones económicas sustitutivas o complementarias asociadas directa o indirectamente con la remuneración que falta (desaparece/termina) o es insuficiente. Sin perjuicio de lo anterior, y en complemento de ello, desde hace varias décadas la seguridad social expande su cobertura y sus prestaciones al menos en un nivel mínimo, tratando de alcanzar a toda la población. Las concepciones amplias y más modernas asociadas en muchos casos a la protección social¹¹³ incluyen prestaciones para todos los residentes, de forma que en la actualidad no es solo asociada a la relación laboral la forma en que la seguridad social cumple con sus objetivos¹¹⁴.

consecuencia, la interacción de los tres actores del sistema: Trabajadores, Empresarios y Estado, con dos objetivos centrales: la tutela del trabajador y el mejoramiento de sus condiciones de trabajo”. WALKER, ERRAZURIZ, FRANCISCO Y ARELLANO ORTIZ, PABLO, *Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo*. Editorial Librotecnia. Santiago. 2014. Págs. 59 – 60.

111 Se ha discutido ampliamente por la doctrina a que rama pertenece el derecho de la seguridad social. Tal como señalan los profesores Walker y Arellano, “a partir de los años 50 se ha ido desarrollando la idea de la ineficiencia de situar a ciertas ramas del derecho..., sea como rama del derecho público, sea como rama del derecho privado.” WALKER y ARELLANO. Págs. 65 – 67.

112 “Así... el profesor francés Antoine Mazeaud señala que el derecho del trabajo es una de las ramas del derecho social. Este derecho social se sostiene tanto sobre la protección social del individuo contra los riesgos sociales, como tanto sobre las relaciones individuales y colectivas que nacen del contrato de trabajo”. MAZEAUD, ANTOINE, *Droit du Travail*, 7ª edición, Montchrestien, Paris, 2010, p. 1, en CIFUENTES, ARELLANO Y WALKER. Pág. 138.

113 Conjunto de políticas públicas de orden económico social, orientadas a la integración social y, por tanto, a dar mayor cohesión social, mediante la entrega de determinadas prestaciones a sectores de la población que se encuentran marginados o con dificultades de integración, como es el caso de las personas mayores, familias numerosas, discapacitados, entre otras. CIFUENTES, ARELLANO Y WALKER. Pág. 48.

114 Los Estados, deben asegurar prestaciones a todos, al menos en un nivel básico, con lo cual se alcanza entre otros, a sectores laborales informales. Recomendación 202 de la OIT, N°4 (2012), punto II sobre los pisos nacionales de protección social, n°4: “Los Miembros, en función de sus circunstancias nacionales, deberían establecer lo más rápidamente posible y mantener pisos de protección social propios que incluyan garantías básicas en materia de seguridad social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud

Pero sin duda, y en la mayor parte de la región iberoamericana, sigue siendo de primera relevancia la ordenación de la estructura protectora asociada al vínculo del trabajo. Así, los sistemas de seguridad social contributiva, es decir, que requieren cotizaciones o aportes de los trabajadores y o empleadores, vinculan fuertemente a las dos ramas del derecho¹¹⁵, tanto en el surgimiento de la relación de seguridad social (afiliación) y su financiamiento (cotización) como en el otorgamiento de las prestaciones para los trabajadores y sus familias¹¹⁶. Ellas se otorgan cuando se deja de percibir ingresos laborales, por suspensión (por ejemplo, licencias médicas) y por término de la relación de trabajo.

Entenderemos en este estudio por vínculo laboral y terminación de éste, por una parte, la relación de trabajo que surge de la ejecución del contrato, y por otra, la finalización del mismo, sin perjuicio de considerar el equilibrio entre la necesaria protección al trabajador y el funcionamiento eficiente y eficaz de la economía¹¹⁷. De esta forma, ante la terminación (y en su caso, la suspensión) de la relación laboral, corresponde analizar cómo se generan (de corresponder) las prestaciones y cuáles son éstas en específico. Algunas de ellas se perciben mientras el trabajador se encuentra activo y se conservan durante la etapa pasiva, mientras que otras solo es posible obtenerlas una vez concluida la relación laboral; también en ciertos casos influyen las condiciones en que ella termina.

En este estudio trataremos la situación de las pensiones, las prestaciones por salud, enfermedad, maternidad, desempleo, riesgos del trabajo y prestaciones familiares, al concluir la relación de trabajo dependiente¹¹⁸. El análisis se efectuará, entonces, por prestación, considerando los requisitos asociados directa o indirectamente con el vínculo laboral que concluye. Presentaremos en un apartado específico una relación esquemática de las prestaciones que se pueden generar al término de la relación de trabajo, como una síntesis del desarrollo anterior.

esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional”.

115 También existen relaciones del Derecho de la Seguridad Social con diversas otras ramas del derecho, por ejemplo: Derecho Administrativo y Derecho Tributario.

116 “La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados se encuentran sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal”. HUMERES NOGUER, HÉCTOR. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo III Derecho de la Seguridad Social*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2013. Pág. 23.

117 WALKER Y ARELLANO. Págs. 245 y 412.

118 Es posible extender las explicaciones que se darán con precisiones en cada caso, a la situación de los trabajadores independientes incorporados a la seguridad social y que por tanto se encuentran en situación de formalizados para estos efectos.

Al inicio del estudio destinaremos un apartado a estudiar las condiciones generales de afiliación y cotización para acceder a las prestaciones contributivas y el rol que compete al empleador. Cerraremos el estudio con algunas conclusiones que presenten observaciones sobre aspectos a revisar legal, jurisprudencial y doctrinalmente, para facilitar el acceso a las prestaciones de quienes dejan de ser trabajadores por conclusión de sus servicios, cualquiera sea la causa.

Las fuentes bibliográficas se constituirán por la doctrina y jurisprudencia chilena de los últimos diez años, cuidando de revisar especialmente los muchos aportes que sobre el tema ha efectuado el profesor Walker Errázuriz. Se tendrá en especial consideración el libro Seguridad Social. Parte General y Pensiones, del cual son autores el profesor Walker, Pablo Arellano y Hugo Cifuentes.

2. FINANCIAMIENTO DE LAS PRESTACIONES

2.1. Prestaciones y cotizaciones.

Las prestaciones, en general, son los pagos (renta sustitutiva) que tienen por objeto atender las necesidades causadas por una contingencia (riesgo) social, entre otras, pensiones, atenciones de salud, devoluciones de gastos por consultas médicas, giros de alguno de los fondos del seguro de cesantía y asignaciones familiares. También hay que entender incorporados los servicios y bienes (entre otros: aparatos ortopédicos, atenciones médicas, medicamentos, etc.), que el afiliado o sus cargas y demás beneficiarios obtienen de la entidad previsional respectiva.¹¹⁹

Existen prestaciones en particular, de las que tratamos en este estudio, que tienen periodos de carencia, es decir, un período de afiliación más cotizaciones por algún periodo previo mínimo, de lo cual daremos cuenta al tratar cada prestación en los apartados siguientes¹²⁰. Asimismo, es importante precisar que, usualmente, la renta sustitutiva se estima en un porcentaje de la última (o últimas) remuneración (es); lo recomendable es que no sea sobre la última.

Corresponde tener presente también que a determinadas prestaciones se adicionan aportes fiscales a fin de que alcancen ciertos niveles, como es

119 Otra definición, más genérica, hace referencia a la manera como el mecanismo consagrado en el derecho se concretiza en un beneficio particular que pretende proteger los efectos de los riesgos o contingencias sociales. Ver. CIFUENTES, ARELLANO Y WALKER. Pág. 92.

120 Las prestaciones de salud son o deben ser automáticas.

el caso de la pensión con aporte solidario¹²¹. Asimismo, existen otras que se financian exclusivamente con recursos fiscales (por ej., asignaciones familiares). Por su parte, la cotización es el aporte que trabajadores y/o empleadores deben efectuar a los regímenes contributivos para el financiamiento de las prestaciones que pueden reclamar de ellos. También podemos indicar que cotización es la parte de la remuneración o de la renta que los trabajadores dependientes o independientes incorporados están obligados a enterar en el régimen previsional respectivo. Para salud es un 7%¹²² y para pensiones un 10%¹²³, mientras que para cesantía es un 0,6%¹²⁴. En su caso, el empleador en materia de riesgo del trabajo, debe enterar la cotización de 0,95%, más un adicional según el grado de peligrosidad de la faena; el aporte al seguro de invalidez y sobrevivencia de sus dependientes, más un 2,4% o 3% al seguro de cesantía, según tipo de contrato de trabajo.

2.2. Rol de trabajador y el empleador.

Como se ha dicho previamente, en los regímenes previsionales sin la existencia de cotizaciones acreditables, difícilmente habrá prestaciones de seguridad social al término de la relación laboral. La remuneración del trabajador está a la base del proceso contributivo y para ello se debe tener presente lo dispuesto por el inciso primero del Art. 58, del Código del Trabajo, en cuanto al deber del empleador respecto del entero de las cotizaciones en las entidades previsionales.

En el caso de los trabajadores dependientes, es el empleador el encargado de la retención y entero de las cotizaciones. De esta forma, tiene una obligación importante, ya que junto con cumplir con su deber de remunerar, le corresponde retener, declarar y enterar cotizaciones de cargo de sus trabajadores y hacer lo propio con las suyas. Los efectos de no cumplir con estas obligaciones traen graves consecuencias en diversos ámbitos e impacta al momento de poner término al contrato de trabajo. Como señala Walker y Arellano, “uno de los temas más delicados en materia laboral y previsional proviene del hecho de la existencia de empleadores que, por cualquier razón, no han integrado las cotizaciones

121 Art. 9° Ley 20.255.

122 7% en cuanto corresponde a FONASA, respecto del sistema de ISAPRES puede ser superior.

123 Además para pensiones puede existir un 1 o 2% más bipartito por trabajo pesado.

124 Cotización que corresponde al trabajador con contrato de trabajo indefinido, en que el empleador por su parte cotiza un 2,4%. En el caso del dependiente con contrato de trabajo a plazo fijo, o por obra trabajo o servicio transitorio, la cotización total del 3% y corre por cuenta del empleador. Art. 5° letra b) Ley 19.728.

previsionales al organismo previsional correspondiente, provocando un grave trastorno al trabajador (...)”¹²⁵ en el acceso a las prestaciones, lo que se manifestará en diversos eventos al concluir la relación laboral, el peor de todos, no tener la prestación requerida y al que se habría tenido derecho de existir las cotizaciones.

A su vez, el empleador, junto con ver afectada la validez del término del contrato de trabajo, puede ser perseguido por no enterar de cotizaciones, y en ciertos casos, responder adicionalmente por el total de la prestación debida al trabajador (seguro de cesantía).

2.3. Procedimiento de declaración y entero de las cotizaciones.

Como ya se indicó, la obligación de retener, declarar y enterar las cotizaciones corresponde al empleador, por lo que, descontadas que sean de las remuneraciones y no se proceda a su depósito en la entidad previsional correspondiente, sitúa a éste en una situación jurídicamente compleja respecto al destino que dé a recursos ajenos, en este caso de parte de la remuneración de su colaborador. Para cumplir con el entero de las cotizaciones, el empleador dispone de oportunidades definidas, cuyo incumplimiento conlleva el pago de reajustes e intereses¹²⁶. Si tampoco las declara, se le sumarán multas por su acción.

Las cotizaciones, por regla general, deben enterarse dentro de los diez primeros días del mes siguiente a aquél en que se devengaron las remuneraciones o rentas afectas¹²⁷.

Para el caso que no se efectúe la declaración o ésta sea incompleta o errónea, corresponde que se entere por el obligado al pago, en este caso el empleador, como sanción una multa a beneficio fiscal del 0,75 UF, por cada trabajador cuyas cotizaciones no se declaren o cuyas declaraciones sean incompletas o erróneas. En el evento que la declaración sea incompleta o errónea, sin que existan antecedentes que permitan presumir que ésta es maliciosa, se exime al obligado de la multa en tanto entere las cotizaciones adeudadas dentro del mes siguiente a aquél en que se devengaron las remuneraciones sujetas a cotizaciones. En el caso de los empleadores de trabajadores de casa particular, la multa asciende a 0,2 UF, en tanto las cotizaciones se enteren dentro del mes subsiguiente al del devengamiento de la remuneración, y es de 0,5

125 WALKER Y ARELLANO. Pág. 425.

126 HUMERES. Pág. 65.

127 Cuando el entero de cotizaciones se efectúa por medios electrónicos, el plazo para pagarlas se extiende hasta el día 13 de cada mes, aun cuando éste fuere día sábado, domingo o festivo. Art. 10, Ley 19.728 y art. 19, DL 3.500, de 1980.

UF cuando se ingresen con posterioridad a esa fecha. Ante el no pago oportuno, los montos se reajustarán considerando la variación diaria del IPC, correspondiendo a cada día de atraso un interés penal equivalente a la tasa de interés corriente para operaciones reajustables en moneda nacional a que se refiere el artículo 6° de la ley N° 18.010, aumentado en un 20%.¹²⁸

El no cumplimiento de la obligación de declarar y/o enterar la cotización que, de derecho se presume fue retenida de la remuneración del trabajador, hace surgir reajuste, intereses y multas en su caso, como ya se ha señalado para el empleador incumplidor, que en determinados casos lo pone también en la obligación de otorgar directamente la prestación, como en el seguro de cesantía¹²⁹. Corresponde tener presente que, ante una declaración de pago de cotizaciones incompleta o falsa, y si existiere un hecho que permita presumir que es maliciosa, el Director del Trabajo “podrá efectuar la denuncia ante el Juez del Crimen correspondiente”¹³⁰.

El incumplimiento total y permanente del entero de cotizaciones generalmente nos coloca frente a una relación laboral previsional informal, en la que se evade el pago de cotizaciones, lo que llevará al trabajador a encontrarse sin cobertura, salvo que operen adecuadamente los mecanismos de reconocimiento del vínculo laboral y de recaudo compulsivo de las cotizaciones. En otros eventos nos encontraremos con prestaciones de inferior entidad a la que efectivamente corresponde, cuando se elude el entero de cotizaciones por el total de lo remunerado como, por ejemplo, calificar como asignaciones no imponibles, retribuciones remuneracionales (consentido por las partes, en muchos casos).¹³¹

128 Art. 19 DL 3.500 y Art. 11 Ley N° 19.728 (cesantía).

129 Art. 17 Ley 19.728.

130 Art. 19, DL. 3500, de 1980.

131 Situación en que el empleador o ambas partes convienen en establecer una remuneración inferior a la efectiva con lo cual nos encontramos frente a una evasión previsional, la que es difícil de pesquisar, y requiere de una especial y atenta actuación de fiscalización. En una línea similar encontramos el uso e incremento de las asignaciones no remunerativas (Art. 41 inciso 2° del Código del Trabajo; ORD. N° 1762/86 del 20 de enero de 1995 de la Dirección del Trabajo), como forma de obtener una retribución líquida superior en desmedro de la situación previsional, que en el caso de las pensiones no es de manifestación inmediata, sino en el largo plazo. Dicha situación constituyó la base de lo que se ha conocido como el daño previsional de los empleados públicos. El Art. 41, inciso 2°, del Código del Trabajo, enumera una serie de retribuciones que no poseen el carácter de remuneración, vale decir, que no son contrapartida estricta de una prestación de trabajo y por tanto no son imponibles ni tributables. Se trata específicamente de asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, viáticos, prestaciones familiares de orden legal, indemnización por años de servicios establecida en el Art. 163 del Código del Trabajo y las demás que proceda pagar

Lo recién explicado se relaciona con los fenómenos de evasión y elusión de cotizaciones, entendiendo por tales el incumplimiento puro o enmascarado, por una parte, y el uso de herramientas legítimas pero que contravienen el fin de la norma, por otro, lo que ha sido una materia de estudio principalmente del derecho tributario. A partir de la reforma previsional de 2008 (Ley 20.255), con la creación de las prestaciones del sistema de pensiones y aportes solidarios, se impuso la necesidad de un mayor conocimiento de la cuantía y la forma que asume el no sufragar las cotizaciones. La naturaleza de la cotización, similar a la del tributo (pero claramente distinguible) en cuanto obligación externa, hacen posible la aplicación de las categorías previamente mencionadas al mundo previsional. La importante conexión de éste con el mundo laboral, ya en su gestación como en las dinámicas actuales, en particular en los regímenes previsionales, posibilita la extensión del análisis al Derecho del Trabajo.

Frente al incumplimiento del empleador de enterar las cotizaciones podemos encontrarnos en dos situaciones: 1. Declaración y no pago (DNP), es decir, el empleador u obligado al pago reconoce expresamente una deuda, que usualmente se recupera o enteran en el plazo de cobranza prejudicial¹³²; y 2. Declaración y No Pago Automática (DNPA), la cual se vincula al concepto de Mora Presunta (MP), que consiste en una presunción de deuda previsional, que surge cuando un empleador deja de pagar las cotizaciones de un trabajador sin dar aviso del término o suspensión de la relación laboral.¹³³

2.4. Relación laboral y cotizaciones.

El hecho de contratar a una persona que ingresa por primera vez al mercado laboral implica su afiliación, la que opera automáticamente¹³⁴.

al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.

Conforme lo indicado, corresponde precisar que las asignaciones indicadas no son de pago obligatorio, es decir, es solo posible exigir las, al menos en el caso de algunas de ellas, en tanto se hayan pactado por las partes en el contrato individual y/o colectivo.

Por Dictamen ORD. N° 2902/78, del año 2005, la misma Dirección señala: “el carácter compensatorio del beneficio en análisis, cuando su monto sea razonable y prudente en relación con la finalidad para la cual fue establecido, en este caso, para precaver eventuales pérdidas de caja, que el trabajador debiera estar obligado a solucionar de su costa”.

132 Recordemos que la ley establece la obligación para los empleadores de informar el término de la relación laboral.

133 Sobre estas materias ver el Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones de 2015, pág. 62 ss. www.comision-pensiones.cl

134 Así, por ejemplo, Art. 2° del DL 3.500, de 1980.

La notificación y/o inscripción que el empleador o el trabajador efectúe a la entidad respectiva es una materialización o acto positivo respecto de la afiliación, pero el derecho a la prestación surgió con la afiliación, de otra forma no se explicaría que se adeuden cotizaciones desde el inicio de la relación laboral y que surjan derechos en relación con prestaciones inmediatas (salud, asignaciones familiares, cobertura por riesgos del trabajo, etc.) o futuras (pensiones de vejez).

El no entero de cotizaciones genera una situación que podemos calificar de informal¹³⁵, que deja al trabajador sin cotizaciones y la afiliación nunca habrá tenido una manifestación concreta en los sistemas contributivos, y la carencia de los aportes pondría al trabajador en la necesidad de reclamar el entero de las adeudadas que no hubiere perseguido la entidad previsional, y para el caso que ellas no existan o no se recuperen, reclamar que se le garantice el derecho a una prestación social de nivel básico¹³⁶, no en cuanto dependiente, sino como ciudadano-residente, conforme las reglas de la seguridad social en un sentido de cobertura universal.

2.5. Procedimiento de cobro de cotizaciones.

Las normas que regulan el procedimiento de cobro de imposiciones se encuentra en la ley n° 17.322¹³⁷, que se aplica a todas las entidades de previsión y en el DL 3.500, de 1980. Las sanciones que trae aparejado el incumplimiento incluyen tanto sanciones civiles (reajustes e intereses más multas) como penales (arresto y prisión).¹³⁸

Ante el incumplimiento del empleador, su mora en el entero o su negativa a hacerlo, habiendo sido resuelto judicialmente su adeudamiento, permite en unos determinados eventos el arresto como medida de apremio en juicio ejecutivo y, en su caso, la configuración de la apropiación indebida en tanto se hayan acreditado los presupuestos de

135 De acuerdo a la Recomendación 204 de la OIT del año 2015 la «economía informal»:

“a) hace referencia a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que —en la legislación o en la práctica— están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto, y b) no abarca las actividades ilícitas, en particular la prestación de servicios y la producción, venta, posesión y consumo de bienes prohibidos por la legislación, incluyendo la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes, la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, la trata de personas y el blanqueo de dinero, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes”.

136 Renta básica o prestación básica de subsistencia, sujeta o no a prueba de ingresos.

137 Cuyo texto original es del año 1970 y que ha experimentado diversas modificaciones en los 46 años de vigencia.

138 Art. 19 del DL 3.500, de 1980 y Art. 13 Ley n° 17.322.

dicho delito, es decir, conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, situación esta última que podría verse en contradicción con lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica, pero como han sostenido nuestros tribunales, las obligaciones de seguridad social, en este caso el entero de las cotizaciones, son de entidad similar al cumplimiento de los deberes alimentarios. Con la privación de libertad no se está frente a la violación de la libertad personal del empleador sino, primeramente, ante la violación de derechos de los trabajadores.¹³⁹

Junto a las facultades de los tribunales se encuentran las de fiscalización de la Dirección del Trabajo. Respecto de los procesos de fiscalización administrativa como de cobranza previsional, existen observaciones a su forma de proceder y a como están estructuradas en la actualidad que llevan a recomendar su revisión; así lo han planteado diversas instancias, como la Comisión Asesora Presidencia del Pensiones, la Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones y el Consejo Consultivo Previsional, entre otros.¹⁴⁰

2.6. Prescripción, cotizaciones y término de la relación laboral.

El derecho a accionar por cotizaciones adeudadas (incluidos reajustes e intereses) prescribe en el plazo de cinco años a contar de la terminación de los respectivos servicios, norma ésta que es aplicable en todos los regímenes previsionales. En otras palabras, la acción puede intentarse en cualquier momento mientras los servicios se están prestando o en el lapso de cinco años después que estos terminen, y puede referirse a todas las imposiciones devengadas durante la relación laboral, cualquiera sea el tiempo en que ésta hubiere estado vigente¹⁴¹. Vencido este término, la

139 A modo ejemplar, fallo de la E. Corte Suprema del 31 de julio de 2008, R.º 4613-07, en que rechaza recurso de casación de empleador que retuvo, sin enterar cotizaciones, alegando dificultades económicas para justificar su omisión.

140 Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones de 2015. www.comision-pensiones.cl. Ver también: “Análisis de la evasión y elusión en el pago de las cotizaciones previsionales y medidas públicas para superar sus causas”. Facultad de Economía y Negocios, U. de Chile, noviembre de 2012. “Análisis y propuestas para reducir la evasión, sub-declaración y la cobranza judicial de las cotizaciones previsionales”, CIEDESS, enero de 2014. Estudios realizados para la Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones y para el Consejo Consultivo Previsional y encargados por la Subsecretaría de Previsión Social. www.previsionsocial.gob.cl/Cu2/

141 Las normas sobre prescripción de las acciones para el cobro de imposiciones se encuentran en: Art. 49 de la Ley 15.386; Art. 19, del DL 3.500 de 1980; Art. 7° de la Ley 19.728 y conviene tener presente también el Art. 162 inc. 5°, 6° y 7° del Código del Trabajo.

La Ley 17.322, en su Art. 31 bis, señala que “la prescripción que extingue las acciones para el cobro de las cotizaciones de seguridad social, multas, reajustes e intereses, será de

deuda se convierte en una obligación natural¹⁴². Cabe indicar, asimismo, que las deudas por cotizaciones a cobrar por las entidades de previsión gozan del privilegio del n° 5, del artículo 2472 del Código Civil, correspondiente a los créditos de primera clase¹⁴³.

2.7 El finiquito y el cumplimiento del deber de cotizar.

El finiquito se puede conceptualizar como el acuerdo escrito, firmado por empleador y trabajador, por medio del cual el trabajador da cuenta de pago de todas las remuneraciones y otras prestaciones que el empleador pudiera adeudarle a esa fecha y renuncia, por tanto, a toda acción penal, judicial o extrajudicial a su respecto, y el empleador a su vez reconoce que no tiene cargo alguno contra el trabajador¹⁴⁴.

Conforme lo dispuesto por el Código del Trabajo en el Art. 162, al momento de otorgarse la carta de término de la relación laboral, las cotizaciones han de estar al día, de lo contrario se entiende que éste no tiene el mérito de ponerle término al contrato mientras no se regularice la situación de las cotizaciones¹⁴⁵. Que el empleador no se encuentre al día en el pago de las imposiciones del trabajador al que pretende enviar carta de despido lo pone en la necesidad de cumplir con ellas, atendido que debe acreditarle documentalmente que están enteradas, de lo contrario el despido queda en suspenso y solo podrá convalidarse una vez que se acredite el cumplimiento de ese deber de origen previsional. Adicionalmente, el empleador se encontrará en la

cinco años y se contará desde el término de los respectivos servicios”.

142 La prescripción en materia de cobro de cotizaciones es del tipo extintiva, requiere acción judicial.

143 Relación al Art. 19 del DL 3.500, de 1980.

144 WALKERY ARELLANO. Pág. 437. Por su parte, La C. Suprema, en causa rol 5000 – 2014, mantiene el criterio ya establecido en fallos anteriores, esto es considerar al finiquito bajo la definición del mismo realizada por los juristas Thayer y Novoa: “Considerando Noveno: Que esta Corte ha considerado con anterioridad que al finiquito se le conceptualiza formalmente como “el instrumento emanado y suscrito por las partes del contrato de trabajo, empleador y trabajador, con motivo de la terminación de la relación de trabajo, en el que dejan constancia del cabal cumplimiento que cada una de ellas ha dado a las obligaciones emanadas del contrato, sin perjuicio de las acciones o reservas con que alguna de las partes lo hubiere suscrito, con conocimiento de la otra. El finiquito en cuanto acto jurídico representa una convención y, frecuentemente, es de carácter transaccional”. (Manual de Derecho del Trabajo, THAYER ARTEAGA, WILLIAM y NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO. Tomo IV, quinta edición actualizada, pág. 60)”.

145 El empleador es siempre el obligado a acreditar el entero de las cotizaciones, en ese sentido las normas del art. 162, incisos quinto, sexto y séptimo del Código del Trabajo, son precisos. Ver: fallo en “Arenas Arancibia, Héctor con Constructora y Cía. Ltda.” C. Suprema, rol 23216-14, del 27.05.15.

obligación de pagar las remuneraciones de todo el período por el cual se extiende el período de convalidación¹⁴⁶ de ese despido que es nulo por no entero de imposiciones. Esta estricta figura de nulidad del despido tiene su origen en moción parlamentaria del diputado y ex dirigente sindical don Manuel Bustos Huerta, que se convirtió en la Ley 19.631, conocida por su nombre: “Ley Bustos”¹⁴⁷. Asimismo, la jurisprudencia ha admitido que el trabajador puede invocar la causal de término del contrato de trabajo contenida en el art. 171 del Código del Trabajo (despido indirecto) cuando el empleador incumple con su deber de pagar las cotizaciones previsionales.¹⁴⁸

Por otra parte, el empleador que falla en su deber de retener, declarar y enterar cotizaciones, ve afectadas sus opciones de negocios, en tanto se ve restringido de participar en negociaciones que impliquen la entrega de recursos de instituciones públicas o privadas, financiadas con cargo a recursos públicos o de fomento productivo. Por el contrario, el que se encuentra con buen cumplimiento en la materia tiene prioridad en el acceso a ese financiamiento.¹⁴⁹

Como se aprecia, el acceso a prestaciones de seguridad social previsionales al término de las relaciones laborales dependientes se encuentra asociado a la formalización de tal vínculo con la afiliación y cotización, y en que el empleador tiene una obligación central consistente en retener, declarar y enterar las cotizaciones de sus trabajadores como las suyas en favor de ellos. La falta de éstas o su entero por montos inferiores a los de la remuneración efectiva o cambiando su carácter total o parcialmente por el de asignaciones no imponibles, afecta la oportunidad y monto de las prestaciones que corresponden al trabajador que deja de prestar servicios. Por otra parte, ponen al empleador en una situación de deudor previsional en los términos y efectos reseñados.

La dureza de las sanciones por no cumplimiento de las obligaciones previsionales se manifiesta al momento de reclamar las prestaciones, por

146 La convalidación se produce por la notificación al trabajador que se enteraron las cotizaciones impagas, por carta certificada acompañando los comprobantes respectivos. También es oportunidad equivalente, cuando el trabajador toma conocimiento del pago de las cotizaciones, en la audiencia preparatoria del juicio. “Vega con Steel Ingeniería”. C. Apelaciones Valparaíso, rol 257-15, de 22.09.2015

147 WALKER Y ARELLANO. Pág. 425 ss.

148 En causa de unificación rol 15323, del 07.08.2014, la C. Suprema, señaló que el no pago oportuno de las cotizaciones previsionales constituye un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo al empleador, cuando este sea contumaz en su conducta, y puede dar lugar al ejercicio de la acción de despido indirecto prevista en el Art. 171, del Código del Trabajo. Contumaz, implica una reiteración del incumplimiento, aunque se hayan declarado las cotizaciones, como lo permite la normativa vigente.

149 Art. 19, incisos finales, del DL 3.500, de 1980.

ello el extremo de las sanciones pecuniarias y de restricción de libertad que pueden llegar a afectar a un empleador incumplidor. Todas estas materias han sido motivo de estudio, y conviene revisar los efectuados por la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile y luego por el CIEDESS, para Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones y el Consejo Consultivo Previsional, así como el informe de la Comisión Asesora Presidencial para Pensiones.¹⁵⁰

3. PENSIONES¹⁵¹

3.1. Tipos de pensiones término del contrato de trabajo.

Centraremos el análisis de las pensiones en el régimen general por capitalización. Por consiguiente, no nos referiremos a las pensiones y aportes solidarios, a los antiguos regímenes de reparto, a los especiales ni excepcionales, salvo en cuanto sea necesario en función del efecto que tengan en el surgimiento de la pensión al finiquitar el vínculo laboral. Adicionalmente, el tipo de pensiones que se generan en cada uno de ellos no difieren en lo principal de los contenidos en el régimen general que asegura pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia.

Pensión de vejez. Tienen derecho a ella los afiliados que cuenten con 65 años de edad si son hombres o 60 si son mujeres. El cumplimiento de dichas edades no pone al afiliado en la necesidad de jubilar, ni impide al que opta por pensionarse seguir trabajando; asimismo, entrar en goce de pensión no implica el término del contrato de trabajo del pensionante. Estas reglas no son aplicables a los servidores públicos, incluidos los funcionarios de Universidades Estatales y los municipios, para quienes la obtención de una pensión es causal de cese de funciones. En todo caso, el cese solo afecta para empleos regidos por el mismo estatuto aplicable, de forma que es perfectamente posible que estos ex funcionarios puedan prestar servicios en el sector privado una vez pensionados del sector público, municipal o universitario respectivo.

Los afiliados (hombres o mujeres) que cumplan 65 años y no ejerzan su derecho a obtener pensión de vejez no pueden pensionarse por invalidez y la AFP queda liberada de efectuar el aporte adicional, ya que esta condición no podrá ser invocada a partir de cumplirse dichas edades.

¹⁵⁰ Ver cita 28.

¹⁵¹ Libro referido, CIFUENTES, ARELLANO Y WALKER.

En los distintos regímenes de pensiones del sistema de reparto, la regla general es que, cumplida la edad para pensionarse por vejez, no se puede solicitar la pensión de invalidez, con algunas excepciones, por ejemplo, el régimen de los empleados públicos. Por otra parte, existen determinadas prestaciones asociadas a la pensión (generada o no con anterioridad, como es el caso de las mujeres, cuya edad legal de pensión es a los 60 años) que surgen al cumplimiento de los 65 años de edad, como lo es el bono por hijo nacido vivo y el aporte previsional solidario (hombres y mujeres).

Pensión de vejez anticipada. Los afiliados podrán pensionarse anticipadamente, esto es, antes de cumplir los 65 años los varones o los 60 en el caso de las mujeres, siempre que, acogiéndose a alguna de las modalidades de pensión, con el saldo de su cuenta logren financiar una pensión en unas determinadas condiciones.¹⁵²

Pensión de vejez anticipada por desempeño de trabajos pesados. Esta pensión corresponde a las personas que desempeñan trabajos pesados o penosos, que afectan la edad de retiro del empleo por el desgaste que ellos implican, resultando necesario adoptar medidas que permitan su retiro anticipado del mercado laboral¹⁵³.

Esta pensión se financia, además de la cotización ordinaria del afiliado, con una cotización especial que deben efectuar los trabajadores y empleadores cuyas labores o actividades hayan sido calificadas como pesadas¹⁵⁴. En este ámbito, el legislador no se pronunció de forma definitiva, ni la jurisprudencia ha resuelto, como estimamos podría hacerlo, la situación de los trabajadores independientes que ejercen

152 En el régimen por capitalización individual, es posible pensionarse antes de cumplir la edad mínima legal, siempre que se cuente con el saldo suficiente para que, acogiéndose a alguna de las modalidades contempladas, se obtenga una pensión igual o superior al 70% del promedio de las remuneraciones imponibles percibidas y rentas declaradas en los últimos 10 años y que sea igual o superior al 80% de la pensión máxima con aporte solidario. Cuando existen fondos suficientes, el exceso de lo necesario para cumplir los requisitos indicados, permiten incrementar la cuantía de la pensión o ser girados por el pensionado como retiro de libre disposición. CIFUENTES, ARELLANO Y WALKER. Pág. 280.

153 Trabajo pesado es aquel cuya realización acelera el desgaste físico, intelectual o psíquico en la mayoría de quienes lo realizan, provocando un envejecimiento precoz, aun cuando no genere una enfermedad laboral. Por este motivo se contempla un mecanismo de pensión anticipada especial. CIFUENTES, ARELLANO Y WALKER. Pág. 281.

154 Esta cotización debe depositarse en la cuenta de capitalización individual, y asciende al 2% de la remuneración imponible y es de cargo del trabajador. El empleador está obligado a efectuar un aporte igual a la cotización de aquél. La Comisión Ergonómica Nacional, al calificar una faena, como trabajo pesado, podrá reducir la cotización y el aporte, fijándolo en un 1% respectivamente, para trabajador y empleador. Cifuentes, Arellano y Walker. Pág. 282.

actividades que la Comisión Ergonómica Nacional (CEN) podría calificar como pesadas, en un adecuado entendimiento de las normas de la ley 19.404.

En efecto, las normas sobre trabajo pesado están señaladas en términos amplios para quienes realizan este tipo de funciones, sin atender a si son dependientes o independientes. Por tanto, los autores consideran que son aplicables a los trabajadores independientes, los que deberían efectuar la cotización de cargo del trabajador, y eventualmente, como no tienen empleador, podrían tomar dicho lugar y efectuar ambas; no obstante, la Superintendencia de Pensiones no les ha permitido efectuar cotizaciones por trabajo pesado.

Los afiliados en cualquiera de las condiciones anteriores que cumplan con los requisitos para pensionarse, pueden disponer del saldo de la cuenta de capitalización individual y optar por una de las modalidades de pensión¹⁵⁵. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 del DL n° 3.500 de 1980, una vez conocido el saldo de la cuenta individual y actualizada la situación de los beneficiarios de eventual pensión de sobrevivencia, el afiliado solicitante podrá optar por alguna de las modalidades de pensión existente. Respecto de la mujer trabajadora, el empleador debe seguir aportando para el financiamiento de seguro invalidez y sobrevivencia si sigue trabajando hasta los 65.¹⁵⁶

Pensiones por Invalidez. Acceden a este tipo de pensiones los afiliados no pensionados por el DL n° 3.500 de 1980 que, sin cumplir la edad para obtener una pensión de vejez, sufren un menoscabo permanente en su capacidad de trabajo a consecuencia de una enfermedad o accidente no laboral que les produzca un debilitamiento en sus fuerzas físicas o intelectuales.¹⁵⁷

Corresponde tener presente que, conforme lo dispone el Art. 161 bis del Código del Trabajo¹⁵⁸, la declaración de invalidez, sea esta total o parcial, no es justa causa para poner término al contrato de trabajo, norma que es aplicable independiente que la causa de la invalidez sea laboral o común¹⁵⁹.

155 Las modalidades son: retiro programado; renta vitalicia inmediata; retiro programado con renta vitalicia diferida y, renta vitalicia inmediata con retiro programado, Art. 61 inc. 2° del DL. 3.500 de 1980.

156 Art. 4bis, DL 3.500, de 1980.

157 CIFUENTES, ARELLANO Y WALKER. Pág. 288.

158 En cambio, tratándose de trabajadores regidos por el Estatuto Administrativo o Municipal, la obtención de invalidez implica el cese de sus funciones.

159 Ord. N°4343/166 del 20 de octubre de 2003 de la Dirección del Trabajo, la que señala que “No procede que el empleador invoque como justa causa del despido del trabajador la circunstancia de haberse acogido éste a pensión de invalidez, no obstante lo cual, si en el hecho ello ocurre deberá indemnizar el término del contrato, como

A diferencia de lo señalado, los trabajadores regidos por estatutos especiales, como el Administrativo o Municipal, cesan en su cargo si obtienen declaración de invalidez.

Pensiones por Sobrevivencia. Es aquellas a que tienen derecho los componentes del grupo familiar del afiliado cotizante o pensionado en caso de fallecimiento de éste. Integran el grupo familiar, para estos efectos: el o la cónyuge sobreviviente, el o la conviviente civil¹⁶⁰, el padre o la madre de los hijos de filiación no matrimonial, los hijos matrimoniales y no matrimoniales y, en ciertas circunstancias, los padres.¹⁶¹

Como sabemos, la muerte del trabajador pone término al contrato de trabajo, y desde el punto de vista de la seguridad social pueden surgir prestaciones para la familia por la vía de las pensiones de sobrevivencia, prestaciones complementarias o adicionales de Cajas de Compensación de Asignación Familiar y/o de bienestar de empresas. Además, en general, corresponde asignación por muerte o cuota mortuoria según el régimen previsional o solidario.

Las Cajas de Compensación de Asignación Familiar pueden tener entre sus prestaciones adicionales ayudas o asignaciones en caso de muerte del trabajador o de algunas personas de su grupo familiar.

*Cuota mortuoria y asignación por muerte*¹⁶². El fallecimiento de un trabajador, junto con constituir causal de término del contrato de trabajo, activa la prestación de cuota mortuoria que contempla el régimen de pensiones, de forma que los sobrevivientes pueden reclamar de la AFP respectiva el retiro de una suma equivalente a quince unidades de fomento; esta prestación también se contempla en caso de fallecimiento de un pensionado¹⁶³. El sistema de seguridad social chileno también incluye la asignación por muerte para los cotizantes y pensionados de los regímenes antiguos de pensiones y para beneficiarios de prestaciones del sistema solidario de pensiones^{164_165}.

también debe hacerlo si invoca la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o desahucio, en los casos que la ley lo posibilita, o si aplica cualquiera de las causales de caducidad del artículo 160, por conducta imputable al trabajador y el juez acoge la reclamación de éste por ser improcedente, injustificado o indebido el despido".

160 CIFUENTES, HUGO y NARANJO, CARMEN. *El Acuerdo de Unión Civil y la expansión de la Seguridad Social* en Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Thomson Reuters, n° 3, año 2015, pág. 65 – 102.

161 Ídem. Pág. 293.

162 CIFUENTES, ARELLANO Y WALKER. Pág. 366 y ss.: Prestaciones por muerte del jefe de hogar.

163 Art. 88, DL 3.500, de 1980.

164 DFL, 90, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 1979, sobre régimen previsional de asignación por muerte.

165 La asignación por muerte es un beneficio de hasta tres ingresos mínimos no

Situaciones de pensión al margen de la relación laboral dependiente. Es necesario precisar que, entre otras razones, dado que las pensiones del régimen se financian con las cotizaciones de los beneficiarios y sus rentabilidades, están facultadas para cotizar en una AFP todas aquellas personas que, sin estar obligadas, se afilien libremente¹⁶⁶. Además de los recién mencionados, los trabajadores dependientes y los independientes (obligados) que deseen mejorar la cuantía de la pensión pueden efectuar ahorro previsional voluntario en las modalidades que contempla el DL 3.500, de 1980.

Conforme lo dispone la ley 20.255¹⁶⁷, los trabajadores independientes, sujetos a las normas de la Ley Renta, Art. 42 n° 2, están obligados a cotizar en un proceso de incorporación gradual, en cual se extiende hasta el año 2018 (operación renta 2019).¹⁶⁸

También procede señalar que los pensionados del DL 3.500, de 1980, mayores de 65 años (hombres) y de 60 años (mujeres), que sigan trabajando antes o después de pensionarse, no están obligados a cotizar para pensiones, tampoco sus empleadores para el seguro de invalidez y sobrevivencia (salvo la situación de la mujer ya descrita), así como a la cuenta individual del seguro de cesantía. Lo mismo se aplica para los inválidos totales.

Indemnización sustitutiva convencional y asociada a cuentas individuales administradas por AFP. Cabe tener presente que el ordenamiento laboral, y recurriendo a instrumentos del régimen de capitalización individual, contempla una indemnización sustitutiva convencional gestionada por una AFP, la que se encuentra regulada en los artículos 164 a 167 del Código del Trabajo, cuyas características pueden ser expresadas de la

remuneracionales para quien se hizo cargo de los gastos funerarios, cuyo financiamiento es fiscal.

166 Una figura similar cercana a las explicadas es aquella que faculta cotizar en cuentas de terceros que puedan calificar como cotizante voluntario. Así, los trabajadores dependientes cuyo cónyuge posea la calidad de afiliado voluntario, pueden autorizar a sus respectivos empleadores efectuar descuentos de sus remuneraciones de sumas destinadas a cotizaciones a favor de la cuenta de capitalización individual voluntaria del cónyuge. Dicho descuento no da derecho al trabajador a hacer uso de exención tributaria alguna por este motivo. Igualmente es posible que se abra una cuenta voluntaria a favor de un hijo. Corresponde analizar si esta figura se puede extender al conviviente civil. Ver: Cifuentes, Arellano y Walker, pág. 389.

167 Por la ley 20.894 (2016), se introdujeron cambios a las normas de normas del DL 3500 de 1980, sobre independientes obligados a afiliarse, que entre otros efectos, llevan a que se postergue la incorporación sin excusas, al sistema de pensiones, en particular de los independientes que emiten boletas de honorarios.

168 Por la Ley 20.894, de enero de 2016, se prorroga la obligatoriedad de cotizar de los trabajadores independientes, modificándose de esta forma normas contenidas en el DL. 3.500 de 1980, art. 89 ss.

siguiente forma¹⁶⁹: son eminentemente voluntarias; a todo evento; referidas solo al periodo posterior de los primeros seis años de servicios con mismo empleador; debe constar por escrito; la cotización no puede ser menor a un 4,11% de la remuneración mensual imponible; y se aplica el tope de 90 UF propio de las indemnizaciones legales de nuestro Código laboral. Los fondos pueden ser girados por el trabajador una vez que deje de prestar servicios.

3.2.- *Compatibilidad entre vínculo laboral y pensión.*

Al finalizar la relación laboral, en el sistema de capitalización individual no se presenta la secuencia “tradicional” de seguridad social, entre el término del contrato y la obtención de pensión por vejez o de invalidez, de presentarse las condiciones habilitantes para ello.

Tal regla tradicional en general se mantiene vigente, por ejemplo, para los funcionarios públicos, quienes al obtener pensión por vejez o invalidez cesan en sus cargos, como ya se explicó¹⁷⁰, aunque el cumplimiento de la edad no trae como consecuencia que el funcionario deba acogerse obligadamente a jubilación. En todo caso, el cese, como regla general, solo afecta para empleos regidos por el mismo estatuto aplicable, de forma que es perfectamente posible que estos ex funcionarios puedan prestar servicios en el sector privado una vez pensionados del sector público, municipal o universitario respectivo. Lo que sí existe son normas para que en determinados cargos el funcionario no pueda mantenerse activo llegada una determinada edad, evento en el cual deberá retirarse acogiéndose a pensión de no haberlo efectuado con anterioridad. Esto aplica a funcionarios como jueces, Contralor General de la República, Ministros del Tribunal Constitucional y Fiscales.

Corresponde señalar que estas reglas generales del régimen de capitalización individual, que permiten mantenerse como trabajadores activos sin cesar o dejar de trabajar por pensionarse, son observables desde dos puntos de vista. Primero, la pensión de vejez tradicionalmente es entendida como renta sustitutiva para el que se retira de forma definitiva del mercado de trabajo y no como un segundo ingreso, pero ello es posible en parte por el carácter individual del régimen general chileno, en otros regímenes comparados o antiguos chilenos; el pensionado que vuelve a estar contratado ve al menos disminuido el

169 WALKER Y ARELLANO. Págs. 440 y ss.

170 Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, artículo 146.- “El funcionario cesará en el cargo por las siguientes causales: b) Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia en un régimen previsional, en relación al respectivo cargo público”.

monto de la pensión¹⁷¹. Y segundo, existe un tratamiento desigual entre el funcionario que debe cesar al pensionarse y el trabajador no afecto a alguno de los estatutos mencionados, al que no se le aplica el cese al terminar el vínculo laboral.

En la realidad actual, los trabajadores tienden a impetrar el derecho a pensión en promedio entre los 62 – 63 (mujeres) y más de 65 (varones) años de edad¹⁷², lo que demuestra la particularidad de las pensiones en nuestro sistema nacional. La jubilación en muchos eventos no es una renta sustitutiva, y pasa a ser la principal, en cuanto su permanencia en el tiempo, junto a ingresos complementarios generados por el empleo. Lo mismo ocurre la declaración de invalidez con derecho a pensión, sea ésta total o parcial, ya que la declaración de invalidez no es justa causa para poner término al contrato de trabajo.

Es necesario, en todo caso, dejar constancia que, si bien la tendencia a ejercer el derecho a pensión con posterioridad a la fecha en que se cumple la edad legal está en aumento, ello tiene que ver con el incremento de las expectativas de vida y/o la cuantía de la pensión, lo que en nuestro entender va en la línea correcta, sin perjuicio que en algunos sectores laborales para el empresario aún tiende a ser conveniente que los trabajadores se retiren al cumplir la edad (e incluso antes). Las brechas tecnológicas, y por cierto remuneracionales, con trabajadores jóvenes, son algunos de los elementos que influyen en programas de retiro con indemnizaciones especiales u otras retribuciones, como es el caso de los depósitos convenidos.

Instrumentos de ahorro para facilitar el retiro de las empresas con derecho a pensión. La legislación previsional contenida en el DL 3500, de 1980, contempla dos mecanismos de ahorro previsional que permiten al trabajador que se retira voluntaria o forzosamente del empleo incrementar el saldo de su cuenta individual para constituir el saldo necesario para financiar una pensión, más allá de sus cotizaciones obligatorias y su eventual ahorro previsional voluntario: se trata de los depósitos convenidos (DC) y el ahorro previsional colectivo (APVC).¹⁷³

171 Aquello se ve impulsado en vista de la necesidad ante el bajo monto de las pensiones.

172 Ver al respecto: Informe Final de la Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones de 2015. www.comision-pensiones.cl y <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=110030>.

173 Al respecto ver: Cifuentes, Arellano y Walker, Pág. 445 y ss.: Mecanismos de ahorro previsional voluntario.

3.3.- Cálculo de las pensiones y nivel de remuneraciones.

Al momento de determinar la cuantía de la pensión en cualquiera de las modalidades existentes, influye el nivel de remuneraciones sobre la cual se efectuó la cotización. Ello tendrá importancia ya sea que se trate de una pensión por vejez (en cualquiera de sus formas), de invalidez o de sobrevivencia. Los trabajadores deben efectuar sus cotizaciones obligatorias a los regímenes de pensiones, salud y cesantía al igual que el empleador para el seguro de invalidez y sobrevivencia, riesgos del trabajo y cesantía, sobre las remuneraciones imponibles, que lo son todas, con un tope máximo, que es movable anualmente según variación del Índice de Remuneraciones Reales que informa el Instituto Nacional de Estadísticas, y que para el año 2016 asciende a 74,3 UF respecto de las cotizaciones de AFP, salud y accidentes del trabajo, y a 111,4 UF respecto de las cotizaciones de cesantía.

Cada régimen contiene las reglas de cálculo para determinar el monto de la prestación, y ello se relaciona con las remuneraciones imponibles por un determinado tiempo de cotizaciones.

4.- PROTECCIÓN EN MATERIA DE SALUD¹⁷⁴

El trabajador, durante la vigencia de su contrato de trabajo, tiene cobertura de salud, en sus aspectos médicos y pecuniarios, conforme las cotizaciones que efectúa obligatoriamente al efecto. A continuación, describiremos analíticamente las prestaciones que en este ámbito alcanzan un ex trabajador y sus “cargas legales”¹⁷⁵ una vez concluida la relación laboral, ya sea en condición de desempleado, con o sin derecho a prestaciones de cesantía. Para los trabajadores que terminada su relación laboral o en paralelo de ella gozan de pensión, su cobertura de salud se genera en esa condición: pensionado y/o trabajador, cotizante.

El análisis se efectúa por régimen de gestión de salud, público o privado, es decir, FONASA o ISAPRE¹⁷⁶. A la vez, se considerarán situaciones especiales de cobertura para determinados sectores y personas que han perdido su empleo.

174 Sobre esta materia: NANCUANTE ALMONACID, ROMERO CELEDÓN y SOTOMAYOR KLAPP, Roberto: “Régimen jurídico de salud. Thomson y Reuter, Stgo. 2012, 707 pág.

175 A ellas nos referiremos más adelante al tratar de las asignaciones familiares y sus causantes.

176 Es decir, en cuanto son entidades encargadas del financiamiento de prestación.

4.1.- Sistema de Salud FONASA.

Son afiliados al Régimen de Salud, en primer lugar, según la letra a) del art. 135, DFL N° 1, de 2005, del M. de Salud (MINSAL), los trabajadores dependientes del sector público y los del sector privado regidos por el Código del Trabajo, mientras prestan servicios. Los trabajadores dependientes no tienen período de carencia¹⁷⁷ para efectos de las prestaciones médicas; no obstante, en la práctica, aparecerán en los registros de FONASA al efectuar la primera cotización.

Los trabajadores dependientes con contrato de duración indefinida tienen cobertura para salud FONASA mientras mantengan dicha relación laboral, y normalmente a su término pasan a tener cobertura como beneficiarios del seguro de cesantía o de pensión.

La cobertura para salud de FONASA se puede extender en determinadas situaciones más allá del término de la relación laboral en algunos tipos de contratos de trabajo. Es el caso de personas *si* que han efectuado cotizaciones al menos durante cuatro meses en los últimos doce meses calendario en virtud de contratos por obra o faena determinada, quienes al quedar cesantes mantendrán la calidad de afiliados por un período de doce meses a contar del mes al que corresponde la última cotización.¹⁷⁸

Por su parte, los trabajadores dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas que registren al menos sesenta días de cotizaciones en los doce meses calendario anteriores, mantendrán la calidad de afiliados durante los doce meses siguientes a aquel correspondiente a la última cotización. Esta normativa, consistente con los criterios de ampliar la protección, extiende la cobertura médica para este tipo de trabajadores, los que tienen largos períodos de cesantía y no siempre pueden acceder al seguro, o de hacerlo es por un tiempo breve no relacionado con los tiempos de cesantía efectiva.

También son afiliados al Sistema de Salud general o público¹⁷⁹ las personas que gocen del subsidio de incapacidad laboral o de cesantía.

En todo caso, respecto de los afiliados al seguro de cesantía que perciban prestaciones con cargo a la Cuenta Individual de Cesantía (CIC) o al Fondo de Cesantía Solidario (FCS), mantendrán la calidad de afiliados al régimen de salud¹⁸⁰ durante el período en que se devenguen las mensualidades respectivas, como también sus causantes de asignación

177 Es decir, un período previo de cotizaciones, antes de invocar prestaciones.

178 Artículo 135, letra a) del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

179 Conforme la letra d) del mismo Art. 135, DFL 1, de 2005, MINSAL.

180 Ley N° 18.469.

familiar. Lo anterior no impide que puedan seguir en el régimen de ISAPRE, en su caso.¹⁸¹

4.2.- Sistema de salud de ISAPRE.

Los contratos de salud previsional son pactados por tiempo indefinido, y no pueden dejarse sin efecto durante su vigencia sino por incumplimiento de las obligaciones contractuales, por desafiliación del afiliado o por mutuo acuerdo. Sin embargo, la ISAPRE debe ofrecer un nuevo plan de salud si es solicitado por el afiliado, fundamentado entre otras razones por cesantía.

Si el afiliado tiene excedentes de cotización puede solicitar a la ISAPRE que las cotizaciones que financian su plan de salud se paguen con cargo a tales excedentes. Si no existen excedentes de cotización, y el afiliado lo solicita, la ISAPRE respectiva deberá acceder a la desafiliación del trabajador cuyo vínculo laboral ha concluido.

El artículo 203, del D.F.L. N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud dispone que, en caso de fallecimiento de un afiliado cuyo contrato de salud tenga al menos un año de vigencia continua, la ISAPRE estará obligada a mantener los beneficios a los familiares incorporados al mismo por un plazo no inferior a un año.

4.3.- Licencia médica y subsidio por incapacidad laboral (FONASA e ISAPRE).

El D.S. N° 3, de 1984, del Ministerio de Salud (MINSAL), que contiene el reglamento sobre tramitación de licencias médicas, las define como el derecho que tiene el trabajador de ausentarse o reducir su jornada de trabajo, en virtud de una indicación de facultativo competente¹⁸², reconocida por el empleador, que una vez autorizada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) o ISAPRE, según corresponda, da derecho a la mantención de la remuneración en el caso de algunos funcionarios afectos a estatutos especiales o al pago de un subsidio por incapacidad laboral en el caso de los trabajadores dependientes del sector privado, que cumplan determinados requisitos mínimos de afiliación y cotización¹⁸³. Cabe agregar que es posible que

181 Ley N° 19.728, artículo 20.

182 Ausencia médica certificada por médico cirujano, cirujano dentista o matron/a, en su caso.

183 De acuerdo a la Superintendencia de Salud, licencia médica es el derecho que tiene un trabajador dependiente o independiente de ausentarse o reducir su jornada de trabajo durante un determinado período de tiempo, en cumplimiento de una

los empleadores acuerden con FONASA y/o ISAPRES el pago de los subsidios por incapacidad laboral.¹⁸⁴

El subsidio por incapacidad laboral (SIL) es una prestación en dinero que reemplaza la remuneración que la persona deja de percibir mientras se encuentra temporalmente incapacitada para trabajar, ya sea por motivos de salud o por uso de derechos protectores de la maternidad.

De acuerdo a lo dispuesto por el Art. 15 del DFL N°44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social (MINTRAB), los trabajadores del sector privado, al quedar cesantes estando con licencia médica desde antes del término de la relación laboral, tienen derecho a que se les siga pagando subsidio por incapacidad laboral hasta el término de la correspondiente licencia médica por parte de la entidad previsional correspondiente, en tanto se trate de licencias médicas continuadas. Se entiende por licencia médica continuada aquella otorgada sin solución de continuidad y por el mismo diagnóstico, es decir, sin interrupción y por el mismo cuadro médico.

La situación es distinta en el caso de los trabajadores afectos a ciertos estatutos laborales especiales, como el de los Funcionarios Públicos (Ley N°18.834, cuyo texto refundido está contenido en el D.F.L. N° 29, de 2005, del Ministerio de Hacienda), Funcionarios Municipales (Ley N°18.883), Docentes del Sector Municipal (Ley N° 19.070) y Funcionarios de Atención de Salud Primaria Municipal (Ley N°19.378), los que durante los períodos en que hacen uso de licencia médica tienen derecho a que la entidad empleadora les pague la remuneración habitual en forma íntegra. Concluido el vínculo de trabajo, dichas entidades empleadoras no pueden seguir pagando remuneraciones, ya que los desvinculados no tienen la calidad de servidores públicos de alguna de ella.

4.4.- Incompatibilidad Subsidio por incapacidad laboral y subsidio de cesantía.

El subsidio por incapacidad laboral es incompatible con el subsidio de cesantía (DFL N° 150, de 1981, del MINTRAB), el que podrá ser solicitado cuando aquél concluya. Al tratar de seguro de cesantía en apartado posterior, nos referiremos a este subsidio, con el cual es incompatible.

indicación profesional certificada por un médico-cirujano, cirujano-dentista o matrona. <http://www.supersalud.gob.cl/consultas/570/w3-article-4550.html>

184 Este mecanismo es de mucho uso y requiere adoptar medidas adecuadas que eviten eventuales dobles cotizaciones y un adecuado control de la aplicación efectiva este acuerdo altamente beneficioso para los trabajadores y que, en muchos casos es conquista sindical, vía negociación colectiva.

Respecto a la existencia de una norma de incompatibilidad entre el subsidio por incapacidad laboral y el subsidio de cesantía, se debe señalar que el artículo 26 del DFL N° 44 ya referido, dispone que “los derechos a los subsidios a que se refiere este decreto son incompatibles con el derecho al de cesantía, pero éste podrá ser ejercido cuando aquéllos terminen. Para determinar la duración del subsidio de cesantía, éste se considerará iniciado desde la fecha de la terminación del contrato de trabajo, cualquiera sea la fecha del ejercicio del derecho a subsidio”. De esta forma, el subsidio por incapacidad laboral prima por sobre el subsidio de cesantía, de manera tal que se deberá pagar en primer lugar el subsidio por incapacidad laboral.

En el caso de trabajadores afectos al seguro de cesantía, deberá pagárseles subsidio por incapacidad laboral cuando presenten licencia médica continuada, de conformidad a lo ya señalado, o presenten licencias médicas durante períodos de cesantía involuntaria por determinados sectores o grupos laborales¹⁸⁵. La jurisprudencia existente señala que son compatibles.

4.5.- Subsidio de maternidad para mujeres cesantes.

La Ley N° 20.545¹⁸⁶, en su Art. 3° otorgó un subsidio especial de maternidad a las mujeres que no tengan un contrato de trabajo vigente a la sexta semana anterior a la fecha probable de parto, que cumplan con los requisitos que se señalan más abajo.

Este subsidio se otorga hasta por un máximo de treinta semanas, esto es, 210 días, y comienza a devengarse a partir de la sexta semana anterior al parto. Si éste tuviere lugar a partir de la trigésimo cuarta semana de gestación, la duración del subsidio se reducirá en el número de días o semanas en que se haya adelantado el parto; no obstante, si éste ocurriere antes de iniciada la trigésimo tercera semana de gestación, o si el niño al nacer pesare menos de 1.500 gramos, el subsidio será de treinta semanas. A su vez, en caso de partos de dos o más niños, el período de subsidio se incrementará en siete días corridos por cada niño nacido a partir del segundo. Cuando concurrieren simultáneamente las circunstancias señaladas precedentemente, la duración del subsidio será aquella que posea una mayor extensión.

¹⁸⁵ Los Art. 18 y 18 A de la Ley N° 10.662, permiten que los trabajadores embarcados y gente de mar en que predomine el esfuerzo físico puedan presentar licencia médica estando cesantes, siempre que la incapacidad laboral se inicie dentro de los tres meses calendario siguientes al término del turno o viaje, se aplica, aunque los trabajadores se encuentren actualmente afectos al sistema del D.L. N° 3.500, de 1980.

¹⁸⁶ Ley que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental.

Requisitos para tener derecho al subsidio de maternidad mujeres cesantes.

Las mujeres que a la sexta semana anterior a la fecha probable de parto no tengan un contrato de trabajo vigente, tendrán derecho al subsidio de que se trata, siempre que cumplan copulativamente con los siguientes requisitos:

- a) Registrar doce o más meses de afiliación al sistema previsional con anterioridad al inicio del embarazo.
- b) Registrar ocho o más cotizaciones, continuas o discontinuas, en calidad de trabajadora dependiente, dentro de los últimos veinticuatro meses calendario inmediatamente anteriores al inicio del embarazo. Para el cumplimiento de este requisito bastará tener cotizaciones durante ocho meses dentro de los 24 meses calendarios inmediatamente anteriores al inicio del embarazo, independientes del número de días por los que se hayan efectuado cotizaciones dentro de cada uno de dichos meses.
- c) Que la última cotización más cercana al mes anterior al embarazo se haya registrado en virtud de cualquier tipo de contrato de trabajo a plazo fijo, o por obra, servicio o faena determinada¹⁸⁷. Al efecto, el concepto de contrato de trabajo debe entenderse referido al regulado por el Código del Trabajo, quedando fuera situaciones laborales transitorias regidas por otra normativa o estatuto laboral.

El subsidio es otorgado a través de las COMPIN conforme al procedimiento que se utiliza para el pago de los subsidios por incapacidad laboral. Este subsidio tiene un procedimiento de cálculo distinto al subsidio común y al maternal. La base de cálculo para la determinación de su monto es una cantidad equivalente a la suma de la remuneración mensual neta, del subsidio, o de ambos, devengados por la mujer en los veinticuatro meses calendario inmediatamente anteriores al inicio del embarazo, dividido por veinticuatro.

4.6.- Terminación del Contrato de Trabajo y licencias médicas.

En el caso de la aplicación de las causales de término del contrato de trabajo contenidas en el Art. 161 del Código del Trabajo, es decir, necesidades de la empresa y desahucio escrito, no pueden ser invocadas respecto de trabajadores que se encuentren con licencia médica. Ésta es una protección al trabajador que, sin ser un fuero, reúne características

¹⁸⁷ Circular N° 2884 del 22 de noviembre de 2012 de la SUSESO.

propias de éste.¹⁸⁸

4.7.- *La garantía de acceso a la salud y la terminación del contrato de trabajo.*

Podemos señalar, entonces, que los trabajadores y sus cargas de familia que obtienen prestaciones médicas de salud previsional durante la vigencia del contrato de trabajo mantienen este derecho, en algunos casos en similares condiciones, durante el período que gozan de prestaciones del seguro de desempleo y del subsidio de cesantía; vencida esta última cobertura, y no se haya generado una nueva relación laboral o el ex trabajador obtenga pensión, debe recurrir al sistema público de salud como carente de recursos. Por su parte, la prestación económica asociada a la licencia médica, es decir, el subsidio por incapacidad laboral transitoria, es la renta sustitutiva propia de un trabajador que por reposo médico debe dejar de trabajar transitoriamente; en la misma situación se encuentran las trabajadoras en relación con el reposo maternal/parental en sus distintas formas. Excepcionalmente, la cobertura pecuniaria del subsidio indicado se extiende en los casos señalados más allá de la terminación de la relación laboral.

Existen situaciones, como las descritas, en que se da apertura a cobertura por subsidios por enfermedad o maternidad a trabajadores con relaciones laborales temporales y respecto de trabajadoras embarazadas cesantes.

5. SEGURO SOCIAL POR RIESGOS DEL TRABAJO¹⁸⁹

5.1.- *La cobertura de los trabajadores.*

El seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, establecido en 1968, por la Ley 16.744, en lo principal, otorga prestaciones automáticas, integrales (médicas, pecuniarias y en servicios) a los trabajadores que por causa o con ocasión del trabajo sufren un accidente laboral o contraen una enfermedad directamente

188 Entre muchos otros: Ord. N° 1008/53 del 27 de marzo de 2002 de la DT, que señala que “no resulta jurídicamente procedente dar aviso de terminación de contrato de trabajo invocando la causal prevista en el artículo 161, inciso 1° del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio a un docente del sector particular pagado, durante el período que hace uso de licencia por enfermedad”.

189 Gajardo Harboe, María Cristina. *Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*. Editorial Thomson Reuters. Santiago. 2015.

relacionada con el empleo que desempeñan. Están también cubiertos los accidentes *in itinere*¹⁹⁰. Las prestaciones que se consagran son de carácter objetivo, es decir, solo corresponde acreditar la vinculación del siniestro con la prestación de los servicios respectivos para acceder a ellas; por cierto, no se cubren los siniestros causados intencionalmente por la víctima.¹⁹¹

Es un aspecto principal, pero no suficientemente desarrollado, el de la prevención de los riesgos del trabajo, que constituye uno de los retos de futuro de las políticas de seguridad y salud en el trabajo y de las exigencias puestas a los involucrados, y en particular a los empleadores, por las normas del Art. 184 del Código del Trabajo, que trata de la protección eficaz de los trabajadores en sus faenas¹⁹², y que se ha traducido en un incremento exponencial de los juicios por responsabilidad civil del empleador de trabajadores accidentados o enfermos, ya sea que mantengan o hayan concluido su vínculo laboral.

5.2.- La extensión de la cobertura más allá de la conclusión de la relación laboral.

Los trabajadores a quienes se les ha diagnosticado y calificado o no un accidente o enfermedad de trabajo cuya relación laboral concluye, tienen derecho a todas las prestaciones que sean necesarias hasta su total recuperación o determinación del grado de pérdida de capacidad de trabajo, efectuada la calificación correspondiente. El ente gestor (Mutualidad, ISL, Servicios de Salud) tiene la obligación de otorgar esas prestaciones, y el empleador bajo cuya relación laboral se presente el accidente o enfermedad puede verse afectado por alza de la tasa de cotización adicional.

190 De acuerdo al Art. 5° inciso 2° de la Ley 16.744, estos accidentes son aquellos que ocurren en el trayecto directo, de ida o de regreso, entre la habitación y el lugar de trabajo, así como también los que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores.

191 Art. 5 y 79, de la Ley 16.744.

192 Ver Ord. N° 5267/201 del 17 de diciembre de 2004 de la DT, en la que se señala que respecto del Art. 184 del Código del Trabajo “se deriva el denominado deber de seguridad, que el legislador impone al empleador, en orden a tomar todas las medidas necesarias para proteger de modo eficaz la vida y salud de los trabajadores, manteniendo en las faenas condiciones adecuadas de higiene y seguridad, y los implementos que se requiera para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. (...) de esta suerte, la ley hace recaer sobre el empleador, con carácter imperativo, obligaciones precisas en materia de protección del personal de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y adoptar las medidas de prevención de cualquier riesgo que pueda afectar a su vida y salud con motivo de las faenas”.

La calificación de un siniestro del trabajo puede solicitarse incluso una vez terminada la relación laboral. La Ley 16.744 contempla un plazo general de prescripción al respecto, que es de cinco años desde la fecha del accidente o desde el diagnóstico de la enfermedad. El plazo señalado se amplía a quince años en el caso de neumoconiosis.¹⁹³

Las prestaciones médicas en fases curativas, rehabilitadoras y reeducativas son permanentes, no se ven afectadas por la terminación de los servicios y ningún finiquito puede afectarlas, ya que adolecerían de nulidad.

5.3.- Riesgos del trabajo y responsabilidad civil del empleador.

Conforme lo dispuesto por el Art. 69 de la ley 16.744, ante un accidente o enfermedad profesional culposo o doloso por parte del empleador o de un tercero, tanto el trabajador, como víctima principal, así como los demás afectados por repercusión, pueden demandar las indemnizaciones de perjuicios que consagra el derecho común, esto es la posibilidad de accionar por daño emergente, lucro cesante y/o daño moral, lo que puede ser en sede contractual (en el caso de que el propio trabajador demande a su empleador, existiendo un vínculo contractual entre ellos) o extracontractual (como sería el caso de la cónyuge del trabajador fallecido a causa de un accidente por culpa del empleador), aplicando las normas de responsabilidad civil de los Arts. 1545 y siguientes del Código Civil en el caso que esta responsabilidad sea contractual, así como de los Art. 2314 y siguientes del mismo cuerpo normativo ante el supuesto de responsabilidad extracontractual.

Cabe mencionar que la terminación de la relación laboral no es impedimento para el ejercicio de este tipo de acciones civiles, puesto que, si bien el finiquito tiene un efecto liberatorio, para el evento que las partes nada señalen respecto de la renuncia de acciones a causa de un accidente del trabajo no corresponde entenderlo, por tanto, incluido en la renuncia genérica del mismo instrumento, es decir, se mantiene la posibilidad de demandar las otras indemnizaciones a que hace mención el Art. 69 de la Ley 16.744¹⁹⁴.

193 Art. 79, Ley 16.744

194 Para mayor abundamiento, así ha fallado en la actualidad la C. de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 16 de marzo de 2016, rol 1904-15.

6.- SEGURO DESEMPLEO (CESANTÍA)¹⁹⁵

6.1.- Prestación para trabajadores que terminan su relación laboral, reglas generales.

La Ley N° 19.728 establece un seguro obligatorio de cesantía para los trabajadores dependientes cuyos contratos de trabajo se rigen por las normas del Código del Trabajo, que iniciaron o reinician actividades laborales a contar del 2 de octubre de 2002. Los que tenían un contrato de trabajo vigente a esa fecha y lo mantienen con el mismo empleador han podido quedar afectos al seguro de cesantía por su decisión voluntaria. El seguro no se aplica a los siguientes trabajadores: de casa particular; sujetos a contrato de aprendizaje; menores de 18 años de edad hasta que los cumplan; y los pensionados por vejez o invalidez total (quedan afectos los pensionados por invalidez parcial).

La prestación consiste en giros de la cuenta individual de cesantía y del fondo solidario de cesantía, de reunirse los requisitos.

El seguro de cesantía está estructurado para que alcancen prestaciones los trabajadores arriba señalados que pierden su empleo sea por causa imputable al trabajador o al empleador, es decir, es a todo evento, pero solo en cuanto a los giros de la cuenta individual. En su componente solidario, constituido por el fondo solidario que reúne las cotizaciones de los empleadores (una parte en el caso de los trabajadores con contrato indefinido) y aportes fiscales precisamente definidos, las prestaciones económicas a través de algunos giros mensuales se reservan a los trabajadores que han dejado de prestar servicios por una causal que no les es imputable y cumplen los demás requisitos legales, como ser, tiempo de cotizaciones previas, inscribirse en la Bolsa Nacional de Empleo, o aceptar (con las excepciones del caso) las ofertas de empleo y/o capacitación que reciban de las Oficinas Municipales de Intermediación Laboral (OMIL)¹⁹⁶. Por consiguiente, el seguro se asocia a la pérdida de empleo y, en su componente solidario, al interés expreso de encontrar una ocupación. En los hechos, un cesante que efectúa giros ya sea de la

¹⁹⁵ La Ley 19728, que “establece un seguro de desempleo” por su Art. 1°, indica “establécese un seguro obligatorio de cesantía”.

En doctrina es posible distinguir cesantía y desempleo.

Ver sobre esta materia: Informe s anuales de la Comisión de Usuarios del Seguro de Cesantía <http://www.spensiones.cl/portal/orientacion/580/w3-article-2690.html> y, también: CIFUENTES LILLO, HUGO. *Seguro de Cesantía – 2009.*, Revista Laboral Chilena n° 176, mayo de 2009, páginas 63 a 80.

¹⁹⁶ Al respecto y sobre las OMIL, tener presente lo dispuesto, en los Art. 28, letra d) y 65 de la Ley 19.728, así como el Art. 73, de la Ley 19.580, que se refiere a las OMIL.

cuenta individual o del fondo solidario, al obtener una nueva ocupación ve suspendido el pago de mensualidades, al ingresar una nueva cotización.

Por otra parte, los giros o pagos mensuales son de monto decreciente en el tiempo, y se mantienen hasta agotar el saldo de la cuenta individual o por un número determinado de meses en el caso de los pagos solidarios.

6.2.- El empleador y el seguro de cesantía.

El seguro es financiado con cotizaciones de los trabajadores, del empleador y del Estado a través de aportes anuales definidos expresamente en la ley¹⁹⁷.

En el caso de los trabajadores con contrato a plazo indefinido, las cotizaciones del trabajador que ascienden a un 0,6% de la remuneración imponible son descontados por el empleador de la remuneración mensual e ingresados en la Administradora de Fondos de Cesantía (AFC), quien los registra en la cuenta individual de afiliado. A su vez, el empleador debe ingresar en esa cuenta un 1,6% de la remuneración imponible de su cargo; adicionalmente aporta un 0,8% al fondo solidario por cada uno de sus dependientes. En este tipo de relación laboral indefinida, la obligación de cotizar a la cuenta individual, tanto del trabajador como del empleador, es hasta por once años por cada relación laboral.

En el caso de los trabajadores con contrato a plazo fijo, o por obra, trabajo o servicio determinado, el empleador cotiza, de su cargo, el 3% de la remuneración imponible, destinando el 2,8% a la cuenta individual del trabajador y resto al fondo solidario, de esta forma los trabajadores con contrato por plazo definido, por obra, servicio o faena determinada, no efectúan cotizaciones al seguro.

En la situación de término del contrato de trabajo por necesidades de la empresa o desahucio, el empleador tiene derecho a imputar a las indemnizaciones legales que le pueda corresponder enterarle al trabajador saliente las cotizaciones actualizadas que ingresó en la cuenta individual por el período por el cual le prestó servicios.

Los efectos de incumplimiento de cotizar o enterar las cotizaciones por el empleador. En el evento de no existir pago de cotizaciones al seguro, el trabajador tendrá derecho a exigir al empleador el pago de todas las prestaciones que tal incumplimiento le impidió percibir¹⁹⁸. Tal derecho

197 Ley 19.728, Art. 5 y ss.

El Estado transfiera anualmente, el equivalente a 225.792 unidades tributarias mensuales (UTM), en 12 cuotas, de 18.816 UTM. Art. 5, letra c), de la Ley 19.728.

198 Art.17, ley 19728, en el evento de no existir pago de cotizaciones, el trabajador tendrá derecho de forma irrenunciable a exigir al empleador el pago de todas las prestaciones que tal incumplimiento le impidió percibir, y ello no

se entiende irrenunciable para todos los efectos, y no se opondrá al ejercicio de las demás acciones que correspondan por el cobro de cotizaciones. La sentencia que establezca el pago de las prestaciones ordenará, además, a título de sanción, el pago de las cotizaciones que adeude el empleador con los reajustes e intereses que correspondan, para que éstas sean enteradas en la Sociedad Administradora¹⁹⁹. Respecto de las obligaciones de retener, enterar y declarar las cotizaciones por el empleador, tanto las propias como las del trabajador, corresponde tener presente lo explicado y analizado en el apartado n° 2 de este estudio.

6.3.- Disposición del saldo en la cuenta individual.

El trabajador que se retira del empleo sin tener planificado volver a reincorporarse o se pensiona, puede disponer de su saldo en la cuenta individual. En el primer caso, a través de giros como cesante, y en segundo, en cuanto pensionado, puede disponer libremente del saldo de su cuenta, ya sea retirándolo (en un solo giro) o destinándolo a incrementar el saldo de la cuenta individual para constituir su pensión²⁰⁰. En el caso del trabajador que, cumpliendo los requisitos, encuentra un nuevo empleo y mantiene saldo en la cuenta, puede efectuar el giro que por desempleo le hubiere correspondido en ese mes o mantener el saldo en la cuenta. Respecto de trabajadores con más de un empleo en paralelo, que pierden uno con derecho a retiros de la cuenta individual, pueden obrar de la misma forma recién indicada²⁰¹. De fallecer el trabajador afiliado con saldo en la cuenta individual, éste se pagará a la(s) persona(s) que el trabajador haya designado ante la AFC y, a falta de dicha manifestación, dicho pago se efectúa al cónyuge o conviviente civil, hijos o padres del fallecido, unos a falta de los otros y en ese orden, bastando para ello acreditar identidad o estado civil respectivo.²⁰²

impide el ejercicio de las demás acciones que correspondan, entre ellas el pago de las cotizaciones que adeude el empleador con los reajustes e intereses que correspondan.

199 El Art. 11 de la Ley 19.728, contiene las normas sobre no pago oportuno de las cotizaciones al seguro. Relacionarlo estos aspectos con lo indicado en el apartado 2, anterior.

200 Art. 19, Ley 19.728. Tener presente efectos tributarios del retiro en un giro, Art. 43, Ley de la Renta.

201 Art. 16, Ley 19728.

202 Art. 18, Ley 19.728, en relación con el Art. 60 del Código del Trabajo y en el Art. 41, iii), de la Ley 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil.

6.4.- Prestaciones de Salud y Asignaciones Familiares.

En cuanto a las asignaciones familiares, y sin perjuicio de lo que se señala en el apartado siguiente, corresponde indicar que los trabajadores que al momento de terminar su contrato de trabajo las percibían y que tengan derecho a las prestaciones del fondo solidario de cesantía, mantienen la calidad de beneficiarios de ellas en las mismas condiciones y por el período que acceden a giros, en tanto sus valores sean los de las letras a) y b) de la Ley 18.987, encargándose de su otorgamiento a la AFC.²⁰³

Para el acceso a las prestaciones de salud que no sean pecuniarias (es decir, el subsidio de incapacidad laboral), los afiliados al seguro de cesantía que perciban prestaciones con cargo a la cuenta individual o del fondo solidario mantienen la calidad de afiliados al régimen de salud durante el período en que obtienen pagos, como también sus causantes de asignación familiar. Lo anterior no impide que puedan seguir en el sistema de salud de ISAPRE, en su caso.

6.5.- Subsidio de cesantía y seguro de desempleo.

El seguro de cesantía entró en vigor en el año 2002; con anterioridad se aplicaba el subsidio de cesantía (DFL N° 150, de 1981, del MINTRAB).

El subsidio de cesantía es una prestación diferente e incompatible con las que se otorgan por el seguro de desempleo de la Ley 19.728, y se encuentra vigente para un número cada vez menor de trabajadores; los datos de la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO) son elocuentes en esta materia²⁰⁴. Es una prestación en desaparición en el sector privado regido por el Código del Trabajo, pero se mantiene vigente en el sector público. Básicamente consiste en una prestación económica de monto decreciente, con hasta doce pagos, por situaciones de desempleo no imputables al trabajador, quien debe acreditar períodos de cotizaciones previos e inscribirse en la entidad previsional respectiva. Su financiamiento es enteramente público.

203 Art. 2°, ley 19.728, en relación con lo dispuesto en la Ley 18.987 (incrementa asignaciones, subsidio y pensiones que indica), art.1°, letras a) y b).

204 En base a estadísticas de la SUSESO, en mayo del presente año existen 617 subsidios de cesantía pagados por F.U.P.F. (<http://www.suseso.cl/estadisticas-mensuales/>).

7. SISTEMA DE PRESTACIONES FAMILIARES

7.1.- *Las prestaciones aseguradas para la familia durante la relación laboral.*

La seguridad social contributiva a la que se encuentran afectos los trabajadores dependientes contempla prestaciones para la familia a través del mecanismo de las cargas familiares, es decir, aquellas personas que, unidas por vínculos de parentesco, dependen económicamente del trabajador/a, las que deben ser invocadas o reconocidas como tales por el beneficiario a objeto de que el empleador pueda entregar las prestaciones correspondiente por encargo del sistema de seguridad social²⁰⁵. Por consiguiente, los beneficios que se contemplan para la familia no operan automáticamente; se requiere de actos positivos, como lo es el reconocimiento de carga ante la entidad previsional respectiva, es decir, Caja de Compensación de Asignación Familiar, Instituto de Previsión Social o entidad empleadora, según sea la normativa aplicable a la empresa o entidad en que se prestan los servicios. En todo caso, la regla general es que las empresas que no tienen restricción o un mecanismo propio se afilien a una Caja de Compensación y sea ésta la que efectúe la acreditación de las cargas familiares. Las que no optan por este mecanismo compensan las asignaciones familiares que pagan con el Instituto de Previsión Social (IPS).

En materia de salud, se usa la denominación de cargas legales, equivalentes a las cargas familiares, a diferencia de las cargas médicas, que son aquellas personas que por no reunir alguno de los requisitos de los cuales hablaremos, son invocadas como “cargas médicas”. En materia de pensiones, y respecto de los beneficiarios de pensión de sobrevivencia, el Art. 5 del DL 3.500 de 1980, señala quiénes son estos y pone en el afiliado la obligación de acreditarlos a través de los medios legales correspondientes. En el seguro de cesantía el afiliado debe señalar quiénes son los beneficiarios de las prestaciones (en caso de fallecer), como ya se explicó en el apartado 6.3.

Los trabajadores dependientes de los sectores público y privado tienen derecho a reconocer a sus causantes de asignación familiar, de aquellos señalados en el artículo 3° del DFL N° 150 del MINTRAB que cumplan con los demás requisitos que exige dicho cuerpo legal.

Pueden ser causantes de asignación familiar la cónyuge, el cónyuge inválido, los hijos hasta los 18 años o mayores de esa edad y menores de 24 que sean solteros y estudiantes o inválidos de cualquier edad, los

205 Sobre el concepto de familia en seguridad social, ver CIFUENTES, NARANJO, PINO y VÁSQUEZ. Pág. 68 ss.

nietos en las mismas condiciones que los hijos huérfanos de padre y madre o abandonados por éstos, los ascendientes mayores de 65 años o inválidos de cualquier edad, la madre viuda y los menores que tengan a su cuidado por resolución judicial. El requisito general a cumplir por todo causante es vivir a expensas del beneficiario que lo invoca y no tener ingresos, o de tenerlos, que éstos no superen el 50% del ingreso mínimo. La ley 20.830 reconoce solo para efectos de salud como carga legal a el o la conviviente civil, pero no así para asignación familiar

7.2.- Asignaciones familiares.

Entendemos por asignación familiar un subsidio estatal que consiste en una suma de dinero por cada carga familiar acreditada por un trabajador dependiente, pensionado o incluso respecto de algunos trabajadores independientes.

El reconocimiento del causante de asignación familiar en los términos señalados más arriba puede o no dar derecho a pago pecuniario de la asignación familiar según el ingreso mensual del beneficiario, atendido que la prestación se encuentra focalizada y estratificada en relación con trabajadores con ingresos inferiores a un determinado umbral de ingresos, con cuantía de la prestación diferenciada y que se actualiza anualmente²⁰⁶. Esta prestación es de financiamiento fiscal, y el beneficiario trabajador debe contar con cotizaciones para el sistema de pensiones.

7.3.- Prestaciones familiares una vez concluida la relación laboral.

Para analizar este aspecto se requiere conocer las prestaciones de seguridad social a las cuales puede acceder un ex trabajador. Las personas que perciben subsidio de cesantía tienen derecho a percibir el monto de la asignación familiar por la cuantía superior, independiente si tenían derecho a monto pecuniario mientras su contrato de trabajo estaba vigente o el tramo en que lo percibían.²⁰⁷

206De acuerdo con la Ley N° 18.987 los valores desde el 1° de enero de 2016, (se actualizan anualmente):

1.Ingreso mensual hasta \$ 262.326: \$ 10.269

2.Ingreso mensual entre \$ 262.327 y \$ 383.156): \$ 6.302

3.Ingreso mensual entre \$ 383.157 y \$ 597.593: \$ 1.992, en US\$: 3,062

4.Ingreso mensual a partir a \$ 597.593 \$ 0

207 Las características del subsidio de cesantía se analizan en el apartado que trata del seguro de cesantía.

En la situación de los trabajadores desvinculados con derecho a percibir prestaciones del seguro de cesantía, acceden a tal pago los que obtengan beneficios con cargo al Fondo de Cesantía Solidario (FCS) y siempre que mientras estaban con contrato de trabajo tuvieron acceso a ella por sus cargas de familia, en valor tramos a y b. Con todo, a los trabajadores cesantes que reciban prestaciones y no estén comprendidos en los tramos señalados, no les serán aplicables las disposiciones del DFL N° 150, de 1981, del MINTRAB, sin perjuicio de que sus respectivos causantes de asignación familiar mantengan su calidad de tales para los demás efectos que en derecho correspondan. Quienes perciban subsidio por incapacidad laboral (licencia continuada), concluida la relación laboral, ¿dejan de percibir asignación familiar de corresponderles, o durante la vigencia del contrato siempre fue de cargo del empleador? Mientras están percibiendo subsidio por incapacidad laboral tienen derecho a la asignación familiar, la que normalmente sería pagada por el empleador; en estos casos, como no existe relación laboral, debe ser de pago directo del IPS o CCAE, según corresponda.

8.- PRESENTACIÓN ESQUEMÁTICA DE LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL TERMINADA LA RELACIÓN LABORAL

Prestaciones de seguridad social para un trabajador dependiente del sector privado y la familia que termina su contrato de trabajo.

8.1.- Pensiones (DL. 3.500 del 1980 y Ley 16.744).

1.1.1. Vejez.

8.1.1.1. Vejez normal, trabajador con 60 a 65 años de edad según sea mujer o varón; el obtenerla no le impide seguir trabajando u obtener uno nuevo.

Existe excepción en el sector público, municipal y de Universidades del Estado.

8.1.1.2, Vejez anticipada, para afiliados con saldo en la cuenta individual que les permita obtener pensión con determinados mínimos, sin esperar la edad. Tampoco impide seguir trabajando u obtener otro empleo.

8.1.1.3. Vejez por realización de trabajos pesados. Jubilarse antes de la edad general de pensión por haber cotizado y trabajado en actividad calificada como pesada. Tampoco impide seguir trabajando u obtener un nuevo empleo.

1.1.2. Invalidez.

8.1.2.1. La declaración de invalidez parcial, sea común o laboral, abre el derecho a pensionarse sin afectar en principio sus derechos laborales. Regla general: la invalidez no es justa causa para poner término al contrato, sea cual sea el motivo o tipo de invalidez (Art. 161 bis del Código del Trabajo). Excepción: sector público, en el cual se exige salud compatible con el cargo. Por consiguiente, declarada la invalidez, se produce el cese de funciones y se debe dejar el empleo público.

1.1.3. Sobrevivencia y muerte.

La muerte del trabajador, sea de origen laboral o común, es causal de término del contrato de trabajo (art. 159 n°3); surge el derecho a pensiones por sobrevivencia y a asignación por muerte o cuota mortuoria para quien se haya hecho cargo de los gastos funerarios, parientes o terceros (Art. 88 del DL 3.500 y DFL n° 90, de 1979).

Seguro de Invalidez y Sobrevivencia (para quienes tengan derecho, según edad).

Concluida la relación laboral y, por consiguiente, cesada la obligación de entero de la cotización que a este respecto debe efectuar el empleador, la cobertura se mantiene vigente por un periodo de doce meses. No le existe el deber a aquél para el caso que el trabajador/a se mantenga activo cumplidos los 65 años.

8.2.- *Salud, enfermedad y maternidad (DFL 1, de Salud, de 2005, Ley 16.744, Ley 19.728, entre otras).*

8.2.1. *Prestaciones médicas: se aseguran a todas las personas, como criterio general de la garantía constitucional del derecho de acceso a la salud.*

El término del contrato de trabajo y las cotizaciones de salud. La falta de ellas, al concluir la relación laboral como trabajador dependiente, por regla general, pone término al tipo de cobertura existente en esa calidad y surge la correspondiente al seguro de cesantía, de proceder y mientras éste otorgue prestaciones; en otros casos, corresponden las propias de los pensionados. Al desaparecer o no contarse con la protección por seguro o subsidio de cesantía procede la cobertura por carencia de ingresos, que debe ser acreditada ante el servicio de salud correspondiente.

8.2.2. *Respecto de trabajadores a los cual se pone término a su contrato de trabajo, que han sufrido un accidente o enfermedad profesional.* Mantienen las prestaciones médicas y en especie (aparatos ortopédicos y medicamentos) de por vida, respecto de la dolencia o afección respectiva.

8.2.3. Prestaciones monetarias.

8.2.3.1. *Subsidios por incapacidad laboral.* Sean por causas comunes o del trabajo, así como las de maternidad, para trabajadores del sector privado, en tanto sean relacionadas con licencias médicas iniciadas antes del término de la relación laboral y las renovaciones de aquélla, en tanto se otorguen sin interrupción y por la misma causa (DFL 44, de 1978 del MINTRAB, Art. 15). En el caso de trabajadores a los cuales se les aplicare una de las causales de término de contrato del art. 161 del Código del Trabajo, la existencia de licencia médica (con o sin derecho a subsidio) suspende la aplicación de la causal hasta el vencimiento de ésta o de las continuadas por la misma causa y sin solución de continuidad.

8.3. *Prestaciones familiares.* Asignaciones familiares dejan de percibirse, salvo que corresponda reclamarlas en el seguro de cesantía, subsidio de cesantía o como pensionado, de reunir los requisitos.

8.4. 4.- *Cesantía.* Giros de la cuenta individual y/o Fondo de Cesantía Solidario, según la causal de término del contrato de trabajo. Se mantienen en los términos indicados en el apartado 6, las prestaciones por asignaciones familiares y de salud.

9. CONCLUSIONES

- a) Entre la seguridad social y la relación laboral existe una relación indiscutible, dándose entre ellas vinculaciones recíprocas: el surgimiento de la última trae aparejada la afiliación a los regímenes de protección social (en sentido amplio); las remuneraciones son imponibles, el empleador se encuentra obligado a retener, declarar y enterar cotizaciones propias y de sus trabajadores, pagar prestaciones y ofrecer información a las entidades previsionales, entre otras. Todas estas acciones, en su mayoría de contenido económico, se ven reflejadas al concluir la relación laboral, puesto que el trabajador deja de percibir ingresos.
- b) La seguridad social tiene como objetivo principal asegurar prestaciones ante determinadas necesidades causadas por contingencias sociales a las personas protegidas ante eventos que les impiden generar ingresos propios para hacerles frente. El término del vínculo laboral, en tanto implica un cese temporal o

- definitivo de la fuente de recursos para el trabajador y su familia, como por ejemplo al llegar a la edad de jubilar por vejez, pone en movimiento la batería de prestaciones que contempla la seguridad social. De igual forma, y cada vez con mayor intensidad, se estructuran mecanismos de apoyo a quienes no acceden a prestaciones cualquiera sea la causa, siendo ésta la situación de las transferencias a personas para enfrentar pobreza y carencias determinadas, que son una manifestación de la protección social.
- c) Durante la vigencia de la relación laboral el trabajador accede a prestaciones de seguridad social, las cuales complementan los ingresos del trabajo o lo reemplazan en eventos en que éste debe ser suspendido, como es el caso del reposo médico y maternal. Al terminar el contrato de trabajo algunas de esas prestaciones desaparecen y aparecen otras, como los subsidios asociados a los reposos indicados y la cobertura por riesgos del trabajo. Además, surge una prestación solo posible al finalizar la relación laboral, como es el caso específico del acceso a pagos por cesantía, así como los apoyos para buscar empleo (los que relacionan normas de seguridad social y derecho del trabajo).
 - d) Desde otra perspectiva, el término de la relación laboral pone en acción a las entidades de seguridad social, por un lado, para poner término a prestaciones en curso y propias de la relación laboral, así como a esas u otras, y por otro, para asegurar el pago o entero de las nuevas prestaciones que surgen.
 - e) Para el empleador, el término de la relación laboral implica dejar de enterar cotizaciones propias y de sus trabajadores, y de pagar asignaciones familiares, entre otras. Por su parte, debe dar cuenta del término de contrato a las entidades de seguridad social. Solo estará afecto a eventuales acciones de cobro previsional, en general, el empleador que no ha enterado las cotizaciones de seguridad social, y en ciertos casos a hacerse cargo de la prestación.
 - f) Existen prestaciones establecidas para los que dejan de trabajar, como es el caso de las pensiones en los regímenes contributivos, pero dada la legislación nacional (y hay muchos ejemplos en el ámbito comparado), es posible generar pensiones sin retirarse del empleo, o hecha efectiva la pensión volver a contratarse; sobre este efecto existen muchas observaciones, ya que la pensión se asume como una fuente adicional de ingresos o la edad de pensión es muy baja. Sobre ello hay mucho que revisar.

LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, *NON BIS IN ÍDEM* E INMEDIATEZ COMO LÍMITES DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Raúl Fernández Toledo ★

SUMARIO

1. Relación entre el poder disciplinario empresarial y el despido disciplinario. 2. Requisitos del despido disciplinario. 3. La proporcionalidad en la aplicación del despido disciplinario. 4. Principio *non bis in ídem* como límite del despido disciplinario. 5. El principio de inmediatez: materialización del despido disciplinario dentro de un plazo razonable. 6. Conclusiones.

1. RELACIÓN ENTRE EL PODER DISCIPLINARIO EMPRESARIAL Y EL DESPIDO DISCIPLINARIO

La relación jurídica que une al empleador con el trabajador, no obstante tener la naturaleza jurídica de contrato, posee características particulares que no existen en ningún otro contrato ni vínculo jurídico. La misma tiene notas peculiares y distintivas. Ello se debe, principalmente, a la circunstancia de que el trabajador presta servicios personales continuados bajo subordinación y dependencia del empleador, como también al interés de éste porque los servicios se ejecuten normalmente, procurando que se utilicen en forma correcta los medios de producción que pone a disposición de los trabajadores y, asimismo, que se mantengan el debido respeto y la cordialidad tanto entre los distintos trabajadores como entre él mismo y sus trabajadores.

★ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción (2010). Abogado (2011). Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Talca – Universidad de Valencia (2013). Instructor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico rfernandez@derecho.uchile.cl.

Con el objeto que el empleador mantenga el orden de los trabajadores al interior de la organización empresarial y corrija las conductas contrarias a la disciplina laboral se le reconoce por el Ordenamiento Jurídico el poder disciplinario²⁰⁹. De esta forma, el Derecho del Trabajo busca otorgar medidas efectivas al empleador que sean “idóneas para garantizar el desarrollo regular y la continuidad de la actividad de la empresa”²¹⁰, siendo un apoyo indispensable para garantizar el poder de dirección del empleador. Esto, porque si no existiera la posibilidad de que el empleador pudiera sancionar conductas de los trabajadores que infringen las órdenes e instrucciones que les imparte, el poder de dirección sería una mera ilusión, al no poder el empresario castigar su transgresión o tener la posibilidad de ello²¹¹. El poder disciplinario asegura y garantiza la efectividad del ejercicio del poder de dirección, al permitir al empleador asegurar jurídicamente su autoridad y el cumplimiento de sus órdenes y mandatos con el objeto de alcanzar el interés de la empresa.

Muchas han sido las definiciones que se han dado del poder disciplinario, siendo todas, eso sí, coincidentes en su contenido esencial. De esta forma, se le puede definir como “la facultad que ostenta el empresario para imponer sanciones a los trabajadores como consecuencia de la realización por parte de éstos de conductas que impliquen un incumplimiento de la relación y la disciplina laboral”²¹². Dicha facultad de imponer sanciones en forma unilateral constituye una excepción al principio de reserva a favor de los poderes públicos del ejercicio del poder sancionador, en el sentido de que, salvo este poder a favor del empresario, ninguna otra persona o entidad, excepto los servicios públicos, pueden sancionar por incumplimientos contractuales sin acudir previamente a los Tribunales de Justicia; sanciones que, además, deberán ser cumplidas por los trabajadores, sin perjuicio de que quepa su posterior control judicial. El mantenimiento y garantía del orden en las relaciones laborales así lo requiere, no siendo conveniente imponerlas a instancias de un órgano externo a la empresa, por cuando el incumplimiento laboral de un trabajador requiere de una respuesta inmediata a la infracción laboral,

209 LIZAMA PORTAL, LUIS. *Derecho del Trabajo*. Editorial Lexis Nexis. Santiago. 2003, pág. 80.

210 PERSIANI, MATTIA: Proia, Giampiero. *Diritto del Lavoro*. Cedam. Padova. 2008, pág. 242.

211 MUÑOZ FERNÁNDEZ - COSTALES, JAVIER. *Poder Disciplinario Empresarial y Proceso Especial de Impugnación de Sanciones*. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. Oviedo. 2005, pág. 39.

212 POQUET CATALÁ, RAQUEL. *La Actual Configuración del Poder Disciplinario Empresarial*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, pág. 17.

lo que no ocurriría de esperarse trámites de terceros, que sin duda se dilatarían en el tiempo, especialmente si el órgano es estatal.

El sustento constitucional del poder disciplinario es discutido. Parte de la doctrina nacional lo fundamenta solamente en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, esto es, en la garantía constitucional de desarrollar cualquier actividad económica²¹³. En cambio, otro sector de la doctrina encuentra fundamento para aquel poder del empleador, además de la garantía de la libertad de empresa, en el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política²¹⁴, siendo esta última, también, la posición de la Dirección del Trabajo²¹⁵. En nuestra opinión, la última posición es la correcta. En efecto, si la libertad económica supone la posibilidad de constitución de empresas y organización de la actividad empresarial, que permite al empleador organizar sus medios de producción para elaborar bienes y servicios, requiere necesariamente del poder de dirección, el cual le permite organizar la producción, e impartir órdenes e instrucciones a sus dependientes. Pero éste quedaría sin sentido si no tuviera el apoyo del poder disciplinario; ambos complementados se configuran como necesarios e indispensables para el correcto funcionamiento de la empresa, sin los cuales sería incongruente hablar de libertad económica. Por su parte, tratándose del derecho de propiedad, el hecho de que el empleador arriesgue sus bienes en el desarrollo de una actividad económica en que necesita de trabajadores hace indispensable que le asistan los poderes de dirección y disciplinario, a fin de evitar perjuicios a su propiedad o evitar que se vuelvan a cometer conductas atentatorias contra la misma.

Las sanciones que puede aplicar el empleador a los trabajadores que comenten una falta laboral pueden ser de dos tipos: conservativas y extintivas del contrato de trabajo. Las primeras, como su nombre lo indica, son aquellas que no tienen la eficacia de poner término al contrato individual de trabajo, lesionando otros derechos o intereses del trabajador en la empresa²¹⁶. Por el contrario, las sanciones extintivas provocan el término de la relación de trabajo, estando constituidas en

213 GAMONAL CONTRERAS, SERGIO; GUIDI MOGGIA, CATERINA. *Manual del Contrato de Trabajo*. Tercera Edición Revisada y Actualizada. Editorial Legal Publishing. Santiago. 2012, pág. 101.

214 LIZAMA PORTAL, LUIS. *Ob. cit.*, pág. 80.

215 Dictamen N° 8005/323 de 11 de diciembre de 1995; Dictamen N° 287/14 de 11 de enero de 1996.

216 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA. *El Poder Disciplinario y la Negociación Colectiva*. Comares. Granada. 2008, págs. 188 – 190.

nuestro sistema por el despido disciplinario²¹⁷. De este modo, el despido disciplinario es la sanción laboral que el empleador impone al trabajador que incumple en forma grave sus obligaciones laborales, lo que provoca la extinción de su contrato de trabajo. Se trata de una de las sanciones que en el ejercicio del poder disciplinario el empleador aplica al trabajador infractor que transgrede gravemente el contrato de trabajo, concepto que guarda armonía con la definición otorgada por la doctrina comparada, que indica que el “despido disciplinario es la extinción unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empresario, fundada en un incumplimiento contractual, culpable y grave del trabajador”²¹⁸.

El despido disciplinario tiene como presupuesto esencial la transgresión por parte del trabajador de sus obligaciones laborales esenciales subsumibles en alguna de las causales de despido previstas por el legislador laboral. Si no existe conducta del trabajador encuadrable en una de las causales del despido disciplinario no es posible que el empleador extinga el contrato de trabajo por medio de esta sanción.

El ejercicio del poder disciplinario exteriorizado en el despido disciplinario tiene la naturaleza jurídica de derecho potestativo²¹⁹, al cumplir todos los requisitos de éste. Esto, porque el despido disciplinario faculta al empleador para extinguir la relación de trabajo mediante un acto jurídico unilateral, sin necesidad de intervención previa de un órgano del Estado como regla general, ni aquiescencia expresa o tácita del trabajador afectado. Esta es la posición defendida por las doctrinas española²²⁰ e italiana²²¹.

217 MAINARDI, SANDRO. *II Potere Disciplinare nel Lavoro Privato e Pubblico*. Art. 2106. Guiffré Editore. Milano. 2002, págs. 174 – 175; Rodríguez Rodríguez, Emma. *Ob. cit.*, págs. 190 – 193.

218 ALONSO OLEA, MANUEL. *El Despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1957, pág. 147.

219 Mesina sostiene que el derecho potestativo faculta a su titular para influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, mudándolas, extinguiéndolas, o creando otras nuevas mediante una actividad propia de carácter unilateral. Citado por DE CASTRO, FEDERICO. *Derecho Civil de España. Parte General. Tomo I. Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil*. Segunda edición. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1949, pág. 603.

220 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA. *El poder disciplinario en la empresa*. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1991, pág. 42; Gil y Gil, José Luis. *Autotutela privada y poder disciplinario en el empresa*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. 1994, pág. 35.

221 GALGANO, FRANCESCO. *Diritto civile e commerciale. Volume primo. Le categorie generali. Le persone. La proprietà*. Cedam. Padova. 1990, págs. 28 y 29.

2. REQUISITOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Como consecuencia de que el despido disciplinario produce la extinción del contrato individual de trabajo, a diferencia de las sanciones conservativas, el Código del Trabajo lo ha sometido a ciertas exigencias particulares.

La primera de ellas es que el empleador debe entregarle al trabajador afectado una carta de despido, personalmente o enviada por carta certificada al domicilio señalado en el contrato de trabajo, dentro de los 3 días siguientes de materializado el despido, en la cual se señale la causal de despido y los hechos que la configuraron. La causal de despido debe ser necesariamente alguna de las señaladas en el artículo 160 del Código del Trabajo, que es la norma que contempla las causas legales del despido disciplinario, no pudiendo invocarse una causal establecida en el contrato individual de trabajo o en un instrumento colectivo de trabajo, debido a que las causas de despido son de derecho estricto y orden público, estando las partes o el empleador unilateralmente privados de crear causales de despido.²²²

En segundo lugar, debe existir correspondencia entre la causal de despido invocada y los hechos que la sustentan, bajo sanción de que el despido sea declarado injustificado.

En tercer lugar, el empleador debe respetar los derechos fundamentales del trabajador en el despido, los que constituyen un muro infranqueable del poder disciplinario. De ser vulnerado alguno de los derechos fundamentales del dependiente, el despido puede ser declarado lesivo de derechos fundamentales (artículo 489 del Código del Trabajo).

En cuarto lugar, si el trabajador goza de fuero laboral, el empleador debe solicitar autorización judicial para proceder a su despido fundado en alguna de las causales del artículo 160 del Código del Trabajo (artículo 174 del Código del Trabajo). De contravenirse las normas del fuero laboral y desafuero, el despido es nulo absolutamente, ya que se vulneran normas prohibitivas, que tienen como sanción la nulidad señalada, tal como resulta de la relación de los artículos 10, 1466 y 1683 del Código Civil, preceptos que son plenamente aplicables al derecho laboral en virtud de la aplicación supletoria del Código Civil²²³, que se contempla

222 GAMONAL CONTRERAS, SERGIO; GUIDI MOGGIA, CATERINA. *Ob. cit.*, pág. 251.

223 Véase sobre la aplicación supletoria del Código Civil en el Derecho del Trabajo, LANATA FUENZALIDA, GABRIELA. “*La aplicación del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo*”. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Chile, Volumen 4 – N° 7, 2013, págs. 73 – 96.

en el artículo 4 de este Código.²²⁴

Por otro lado, como toda sanción laboral, el despido está sujeto a requisitos sustantivos, inherentes al mismo, cuales son los principios de proporcionalidad, *non bis in ídem* y de inmediatez, que no están consagrados expresamente por la legislación como límites que debe observar el empleador al imponer una sanción laboral, pero que no obstante ello, la jurisprudencia ha aplicado para calificar si el despido es o no justificado, dependiendo si el empleador los ha observado o no.

Debido a la omisión normativa, corresponde determinar en el presente trabajo el contenido exacto, el fundamento jurídico y las consecuencias jurídicas que derivan de la observancia o infracción de los principios de proporcionalidad, *non bis in ídem* e inmediatez como límites del despido disciplinario. Todo ello con base en la jurisprudencia judicial, la doctrina nacional y comparada que se ha ocupado de dichos principios a propósito del poder disciplinario empresarial y despido disciplinario.

3. LA PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Uno de los límites del despido disciplinario lo constituye la necesaria proporcionalidad entre el incumplimiento laboral y la causal de despido disciplinario, límite que recibe el nombre de principio de proporcionalidad²²⁵. El mismo impone la exigencia de que exista una necesaria correlación entre la conducta indebida, el despido y el trabajador despedido, con el propósito de evitar el uso arbitrario de esta

224 La Excma. Corte Suprema en sentencia de 11 de enero de 2005, pronunciada en recurso de casación en el fondo, Rol N° 3976 – 2003, al determinar la eficacia del despido en contravención a las normas sobre fuero sindical, resolvió: “Undécimo: Que si se lleva a cabo el despido de un trabajador con fuero sindical, sino obtener la autorización judicial, esa resolución adolece de nulidad, con arreglo a lo prescrito en el artículo 10 del Código Civil, por tratarse de un acto prohibido por la ley y, por ello, es que debe procederse a la reincorporación del afectado a su trabajo y en caso de no hacerse ella efectiva, el empleador está obligado a pagar al trabajador ilegalmente despedido todas las remuneraciones por no podrá percibir, no obstante gozar de, por estar imposibilitado de ejecutar el contrato de trabajo como consecuencia directa de un acto ilegítimo de la contraparte”, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago, Chile. Tomo 102, N° 1 – 2005, p. 269.

225 LUJÁN ALCARAZ, JOSÉ. “Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido”. En A.A.V.V. Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela. 1997, pág. 23.

facultad por parte de la empresa²²⁶.

Es obligatorio para el empleador el examen individualizado de cada caso concreto que se decide sancionar mediante el despido disciplinario, en los que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él tanto subjetivos como objetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, perjuicio al empleador, daño y relevancia de la norma infringida, entre otras circunstancias²²⁷, de manera que solo cuando la conducta del trabajador valorada, teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituye una infracción de la máxima gravedad, resulta procedente el despido disciplinario, que es también la sanción más grave establecida en el ámbito laboral. De este modo, el empresario solo puede determinar la sanción concreta a imponer dentro del elenco correspondiente de acuerdo a la gravedad de la infracción concreta de las tipificadas, eliminando así toda posible arbitrariedad y cerrando la puerta a la absoluta decisión arbitraria del empleador al momento de imponer el despido.

Por su parte, los Tribunales de Justicia competentes que conocen de la impugnación del despido disciplinario han de valorar individualmente cada caso concreto, sopesando de forma conjunta todos los elementos objetivos y subjetivos concurrentes para obtener una correcta percepción del cumplimiento de tal principio en la imposición del despido al trabajador. Los elementos objetivos son los antecedentes y factores coetáneos al momento preciso del ejercicio del poder sancionador, esto es, la antigüedad del trabajador en la empresa, la reiteración de la conducta por el mismo sujeto que se trata de sancionar, el cargo de la persona inculpada, la gravedad misma de la infracción y las consecuencias que provoca para la empresa. Por su parte, los elementos subjetivos que deben ser valorados se identifican, básicamente, con el recíproco comportamiento del empleador y del trabajador, así como con la voluntariedad, dolo o negligencia del trabajador en la comisión de la infracción laboral.²²⁸

226 MUÑOZ FERNÁNDEZ - COSTALES, JAVIER. *Ob. cit.*, pág. 57; Moreno, Carmen. "Poder Disciplinario, Proporcionalidad y Discrecionalidad en la imposición de las Sanciones". *Revista Temas Laborales*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, N° 101, 2009, págs. 255 – 265.

227 MAINARDI, SANDRO. *Ob. cit.*, pág. 319.

228 LUQUE PARRA, MANUEL. *Los Límites Jurídicos de los Poderes Empresariales en la Relación Laboral*. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1999, págs. 469 – 470.

Tres son los requisitos o elementos que configuran este principio²²⁹. En primer lugar, el despido debe ser idóneo, debiendo resultar apto para castigar al trabajador infractor. En segundo lugar, se debe respetar el principio de intervención mínima, esto es, debe valorarse la necesidad de aplicar el despido disciplinario, puesto que esta sanción laboral se reserva para los ataques más graves e intolerables. Por último, se debe examinar si el despido en cuestión es ponderado o equilibrado, por derivarse de él más beneficios o ventajas para el interés empresarial que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

El principio en cuestión no tiene consagración legal de carácter general como límite del despido disciplinario o bien del poder disciplinario, a diferencia de lo que ocurre en ciertas legislaciones extranjeras, como la italiana²³⁰. Solamente se encuentra implícito en algunas causales del despido disciplinario, como son las previstas en los números 1 y 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, que emplean la expresión “grave”, término legal que implica que las faltas laborales no graves no pueden ser sancionadas con el despido disciplinario o bien deben serlo con sanciones menores no extintivas del contrato de trabajo, como lo son la amonestación verbal, la amonestación escrita o bien multa del veinticinco por ciento de la remuneración diaria del trabajador, de existir reglamento interno en la empresa.

La jurisprudencia judicial²³¹, tratándose de la causal de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, ha resuelto que no basta que el trabajador incurra en incumplimientos contractuales, sino que es necesario, además, que ellos sean graves. Agrega que, para ello, debe efectuarse un juicio de proporcionalidad, conjugando diferentes variables que permitan arribar a la convicción de que, por la entidad de las infracciones contractuales en que ha incurrido el dependiente, resulta de todo mérito sacrificar el vínculo contractual al nivel de su extinción. En otras palabras, para que exista justa causa de despido, en estos casos, el juicio de proporcionalidad debe descartar todas las otras sanciones más benévolas que pudiese aplicar el empleador en ejercicio

229 TERRADILLOS ORMAETXEA, EDURNE. *El Poder Disciplinario Empresarial. Principios y Garantías*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004, pág. 41 y ss.

230 En el derecho del trabajo italiano la proporcionalidad constituye un límite sustantivo del poder disciplinario, encontrándose consagrado expresamente en el artículo 2016 del Código Civil, en los siguientes términos: “La inobservancia de la disposición contenida en los dos artículos precedentes puede dar lugar a la aplicación de sanción disciplinaria según la gravedad de la infracción [y en conformidad de la norma corporativa]”.

231 En este sentido sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, 1 de julio de 2013, Rol Reforma Laboral N° 54, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 30 de julio de 2014].

de sus facultades disciplinarias y que deben consignarse en el respectivo reglamento interno.

Fuera de los preceptos legales antes señalados, no existen otros que permitan fundar la vigencia del principio de proporcionalidad, ante lo cual, su aplicación al despido disciplinario reside en su consideración de principio general del derecho sancionador²³², lo que supone que debe considerarse como uno de los límites jurídicos que limitan el despido disciplinario²³³. Por lo demás, es un principio impuesto por la propia lógica del sistema, en la medida en que un despido desproporcionado, en cuanto constituye una actuación arbitraria, no cumpliría de manera plena su función correctiva y disuasoria inherente al poder disciplinario, provocando el rechazo del colectivo destinatario del ordenamiento sancionador²³⁴. Constituye una regla de orden público que debe respetarse por el empleador al materializar el despido disciplinario.

Al tener aplicación principalmente en la materialización del despido disciplinario, plantea un problema de control, que a la postre es un problema de titularidad de la competencia última para valorar la coherencia entre el despido y la gravedad de la falta sancionada con aquella sanción. En los sistemas, como el nuestro, en que el despido disciplinario se impone unilateralmente por el empleador, el control corresponde exclusivamente a los Tribunales de Justicia competentes, previa denuncia o demanda del trabajador despedido.

Tratándose del despido disciplinario, algunas causales se encuentran objetivadas, habiendo sido el legislador quien ha efectuado el juicio de ponderación al establecer la causal de despido, lo que ocurre con las ausencias injustificadas, caso en el cual el empleador tiene escaso margen de discrecionalidad, lo mismo que los Tribunales de Justicia, al efectuar el control del despido, limitándose su labor a comprobar la subsunción de los hechos en la causal de despido. En las otras causales de despido disciplinario existe un mayor margen de discrecionalidad, operando con más amplitud el principio de proporcionalidad, el que será valorado primeramente por el empleador y luego por el órgano estatal competente que conozca de la impugnación de la sanción impuesta. Es así que nuestros Tribunales de Justicia en reiteradas ocasiones han aplicado el principio de proporcionalidad en juicios de despido injustificado, especialmente cuando se invoca por el empleador la causal del N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, declarándolo injustificado

232 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA. *Ob. cit.*, pág. 277.

233 LUQUE PARRA, MANUEL. *Ob. cit.*, pág. 468.

234 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA. *Ob. cit.*, pág. 277.

cuando resulta vulnerado²³⁵; ello, porque la misma obliga a entender que debe existir una cierta proporcionalidad entre el quebrantamiento del deber impuesto al trabajador y la drasticidad de la sanción aplicada. De no concurrir la proporcionalidad entre la falta y el despido, éste debe declararse injustificado.

Determinado que la responsabilidad disciplinaria no resarce los daños sino que cumple una función afflictiva-preventiva de carácter amplio y general, la exigencia de la proporcionalidad cumple una labor importante en la tarea retributiva de la pena, teniendo un carácter inderogable, y debiendo aplicarse necesariamente al determinar la sanción que le corresponde al infractor. Debe existir una congruencia de la sanción respecto de la infracción penetrando en la estructura causal del acto: su ausencia conduce a un exceso o abuso de poder, y constituye una desviación de la función para la cual se le ha reconocido expresamente el poder disciplinario al empleador²³⁶. Su vulneración permite declarar injustificado el despido y la nulidad de las sanciones conservativas.

4. PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM* COMO LÍMITE DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Constituye un mecanismo de garantía de la proporcionalidad del despido disciplinario que excluye e impide la arbitrariedad y desproporción en la imposición del mismo, operando en toda su intensidad en dos oportunidades, tanto al momento de determinarse por parte del empleador si procede o no aplicar el despido disciplinario al trabajador infractor como al corresponder al Tribunal de Justicia competente que conoce de la impugnación del despido, establecida la existencia de la falta laboral sancionada con el despido, determinar si aquella fue o no castigada anteriormente por el empleador con la imposición de una sanción conservativa (sea con amonestación verbal, amonestación escrita o multa), con el propósito de acoger o no la impugnación del despido.

235 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 16 de enero de 2006, Rol N° 242 – 2005, publicada en <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/> (consultada el 10 de junio de 2013); sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 5 de mayo de 2010, RIT O – 284 – 2010, publicada en <http://www.legalpublishing.cl> (Identificador LegalPublishing CL/JUR/16167/2010; 43837); sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 25 de junio de 2010, RIT T – 50 – 2010, publicada en <http://www.legalpublishing.cl> (Identificador LegalPublishing CL/JUR/16167/2010; 43838).

236 MAINARDI, SANDRO. *Ob. cit.*, págs. 308 – 309.

El principio *non bis in ídem* conlleva la prohibición de sancionar un mismo hecho respecto de un mismo sujeto y en base a un mismo fundamento más de una vez²³⁷. En virtud de dicho principio se trata de evitar, por un lado, la duplicidad de sanciones sobre unos mismos hechos y, por otro, impedir que existan varias sanciones que castiguen doblemente una misma infracción. Persigue, en último término, evitar la aplicación de una pluralidad de sanciones al servicio de una misma finalidad para la tutela de un mismo interés, cuya reiteración sería injustificada, agravando “innecesaria y desproporcionadamente la posición jurídica del sancionado”²³⁸.

En materia penal²³⁹ viene reconocido constitucionalmente, aunque no de modo expreso, encontrándose comprendido de modo implícito dentro del principio de legalidad reconocido en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política²⁴⁰ e incluso dentro de la garantía del debido proceso²⁴¹, siendo aplicable también al derecho administrativo sancionador, por ser ambos manifestación del *ius puniendi* del Estado, rigiéndose sustancialmente por los mismos principios²⁴². Por ello, su

237 RODRÍGUEZ – PIÑEIRO ROYO, MANUEL. “Potestad Sancionadora y Non Bis in Ídem”. Revista Relaciones Laborales, N° 20, Madrid. 1990, pág. 51.

238 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA. *Ob. cit.*, pág. 291.

239 Véase en materia penal especialmente el estudio reciente de MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO. “El principio *non bis in ídem* en el derecho penal chileno”. Revista Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, N° 15, 2011, págs. 139 – 169.

240 El principio *non bis in ídem* se encuentra reconocido expresamente en materia penal en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, al establecer: “Nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y procedimiento penal de cada país”.

241 Así lo ha afirmado la Excma. Corte Suprema por sentencia de 24 de marzo de 2009, Rol N° 169 – 2008, en referencia a un caso de imposición de multas en materia laboral, en cuyo considerando 7° se sostiene que “el principio *non bis in ídem* “configura una garantía individual innominada, originaria del Derecho Natural y cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política nacional y en la idea de que al admitirse una segunda condena por la misma infracción se produce una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo”.

242 El Profesor Vergara Blanco señala al respecto: “El *ius puniendi* del Estado, ya sea en su manifestación penal o administrativa, dada la evidente naturaleza común, en su ejercicio debe respetar los mismos principios de legalidad y tipicidad, y sus derivados (culpabilidad y *non bis in ídem*). En otras palabras, aunque exista una dualidad de sistemas represivos del Estado, en ambos casos, por su unidad material, aunque el procedimiento sea distinto, se han de respetar estos principios de fondo: es el mismo *ius puniendi* del Estado. Entonces, los principios conocidos generalmente como del derecho penal, hay que considerarlos como principios generales del derecho sancionador, y tales principios tradicionales del derecho penal se aplican a la esfera sancionatoria

aplicación se predica abiertamente respecto de las sanciones aplicadas por infracciones administrativas, delitos y faltas penales, imperando en cada uno de esos ordenamientos. Además, se sostiene, a propósito del *ius puniendi* estatal, que se trata de un principio general del Ordenamiento Jurídico que configura un derecho fundamental, aunque no se encuentra expresamente previsto en el texto constitucional, constituyendo una manifestación tanto del principio de legalidad como del principio de proporcionalidad.²⁴³

A diferencia de lo que ocurre con el derecho sancionador estatal, en materia laboral no existe ninguna norma jurídica que permita predicar su operatividad al interior del poder disciplinario y, por tanto, su vigencia en el despido disciplinario, pero tampoco existe norma alguna que impida o prohíba su aplicación, todas circunstancias que provocan dudas sobre la existencia de un fundamento jurídico que justifique su aplicación al ejercicio del poder disciplinario. La conclusión a que debe arribarse es que es uno de los límites del ejercicio del poder sancionador del empleador, por tanto, debe necesariamente observarlo en el despido disciplinario, que es uno de los actos en que se exterioriza el ejercicio del poder disciplinario. Su fundamento se encuentra en que, si bien la proyección constitucional del principio *non bis in ídem* en el ejercicio del poder disciplinario debe descartarse, su vigencia se justifica en que se trata de una norma considerada un principio general del derecho que inspira todo el ordenamiento sancionador, independientemente de quien sea el órgano competente para aplicar una sanción y, por lo mismo, con validez en las relaciones jurídicas privadas en que se desarrolla un sistema de penas, como ocurre con las impuestas en virtud del poder disciplinario²⁴⁴. Por lo demás, es una garantía individual innominada de la persona, originaria del Derecho Natural²⁴⁵, debiendo ser observada en todos los ordenamientos sancionadores. De ahí que el principio *non bis in ídem* debe ser observado por el empleador cuando decide sancionar a un trabajador con el despido disciplinario.

administrativa”, VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. “Esquema de los Principios del Derecho Administrativo Sancionador”. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte - Sede Coquimbo, Sección Estudios, Año 11 - N° 2 – 2004, pág. 146.

243 CASTILLOVERA, FRANCISCO. “Vulneración del principio «non bis in ídem» en el sistema de sanciones estatales (Penales y Administrativas): Inaplicabilidad por inconstitucionalidad”. Disponible en <http://www.microjuris.cl/Search> [consultada el 20 de febrero de 2014].

244 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA. *Ob. cit.*, págs. 292 – 293; Luque Parra, Manuel. *Ob. cit.*, pág. 488; Rodríguez Rodríguez, Emma. *Ob. cit.*, págs. 216 – 218.

245 En este sentido sentencia de Excma. Corte Suprema por sentencia de 24 de marzo de 2009, Rol N° 169 – 2008, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 30 de julio de 2014].

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que el poder disciplinario permite imponer sanciones de naturaleza punitiva que teleológicamente aparecen inspiradas en una finalidad técnica paralela a las del sistema sancionador estatal, importando su aplicación un juicio de disvalor de la conducta del trabajador, que tiende a perseguir finalidades parecidas a las propias de la pena²⁴⁶. De este modo, las sanciones laborales suponen un alejamiento de los principios y reglas del derecho contractual común, acercándose más bien a los que imperan en el derecho sancionador estatal, resultando, por tanto, difícil negar la aplicación del principio *non bis in ídem*.²⁴⁷

Nuestra jurisprudencia judicial laboral no ha planteado duda alguna cuando se ha sometido a su consideración la posible aplicación del principio en cuestión al despido disciplinario. No constituye una cuestión aislada su invocación como fundamento para declarar injustificado el despido y dar lugar a las indemnizaciones previstas en el artículo 168 del Código del Trabajo, cuando ha sido transgredido por el empleador al materializar un despido disciplinario. Es así que se ha resuelto reiteradamente que el empleador no puede sancionar dos veces a un trabajador por una misma falta laboral, no pudiendo aplicar una sanción conservativa (generalmente amonestación escrita) y luego el despido disciplinario por unos mismos hechos, y si lo hace, el despido es injustificado, al vulnerarse el principio *non bis in ídem*²⁴⁸, condenando al empleador al pago de las indemnizaciones del artículo 168 letra c) del Código del Trabajo.

Los fundamentos jurídicos invocados por nuestros Tribunales de Justicia para la aplicación del principio *non bis in ídem* en la calificación del despido disciplinario han sido diversos, no existiendo una justificación uniforme. En ocasiones, no se señala más fundamento que

246 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA. *Ob. cit.*, pág. 293.

247 *Ídem*.

248 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de noviembre de 2010, Rol N° 1254 – 2010, publicada en <http://www.microjuris.cl/Search> [consultada el 20 de febrero de 2014]; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de noviembre de 2012, Rol Reforma Laboral N° 1070 – 2012, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de febrero de 2014]; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de diciembre de 2012, Rol Reforma Laboral N° 1644 – 2012, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de febrero de 2014]; sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 8 de mayo de 2013, RIT O – 349 – 2013, publicada en <http://www.legalpublishing.cl> (Identificador LegalPublishing CL/JUR/2660/2013); sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de agosto de 2014, Rol Reforma Laboral N° 211 – 2014, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

la circunstancia que, si bien ha sido desarrollado en materia penal, de acuerdo a la jurisprudencia y doctrina, es igualmente aplicable al ámbito sancionatorio laboral²⁴⁹. En cambio, en otras oportunidades, fundándose en el debido proceso, han agregado “sea cual fuere la causal de despido que aplique el empleador para exonerar a un dependiente, si éste es previamente amonestado, la amonestación supone la condonación de la falta, esto es, la renuncia del empleador al derecho de invocarla como fundamento de una extinción, ya que la amonestación es en sí misma una sanción, lo que excluye la aplicación de una segunda, el despido, ya que de hacerlo, se violaría la garantía constitucional del debido proceso, en su manifestación del principio del *non bis in ídem* en materia laboral”²⁵⁰.

La vigencia del principio *non bis in ídem* como límite del despido disciplinario es coherente con el valor justicia, que es uno de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico, siendo contrario a dicho valor sancionar dos veces una misma infracción, y desproporcionado tal actuar del empleador. Por lo demás, es una norma inherente que impera en todo régimen jurídico en que un sujeto puede imponer penas, carácter que tiene el despido disciplinario, no siendo necesario para su aplicación que una disposición legal lo reconozca.

Si bien a primera vista parece clara, surgen dudas en ocasiones sobre su aplicación. En el contrato de trabajo y en el reglamento interno suele establecerse una enumeración de obligaciones y prohibiciones que debe observar el trabajador durante su permanencia en la empresa, algunas específicas y otras generales, por lo que puede ocurrir que una conducta del trabajador infrinja varias obligaciones y prohibiciones laborales, surgiendo la duda de si el empleador puede aplicar más de una sanción por haberse infringido varias obligaciones y prohibiciones fundándose en la “pluriofensividad” de esa conducta. La respuesta es que ello es imposible desde la perspectiva del principio *non bis in ídem*, debido a que el bien jurídico protegido vulnerado es el mismo: el orden y disciplina de la empresa, por tanto, el acto que sanciona su infracción debe ser único²⁵¹

249 Sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 26 de noviembre de 2009, RIT O - 231 - 2009, publicada en <http://www.legalpublishing.cl> (Identificador LegalPublishing CL/JUR/9331/2009; 44712); sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 8 de enero de 2010, RIT O - 563 - 2009, publicada en <http://www.legalpublishing.cl> (Identificador LegalPublishing CL/JUR/14252/2010; 44488).

250 Sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 11 de enero de 2010, RIT O - 468 - 2009, publicada en <http://www.microjuris.cl/Search> (identificador microjuris MJJ 23900); sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 26 de julio de 2010, RIT O - 1064 - 2010, publicada en <http://www.legalpublishing.cl> (Identificador LegalPublishing CL/JUR/15220/2010; 46415).

251 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA. *Ob. cit.*, pág. 219.

por ser la conducta una sola, como también su fundamento jurídico. Es a la conducta y al fundamento jurídico²⁵² a lo que debe atenderse, y no a la pluralidad de obligaciones y prohibiciones que pueden ser vulneradas con la misma.

Especialmente en los reglamentos internos, y en ocasiones en los contratos de trabajo, existen faltas tipificadas de un modo muy detallado (por ejemplo, las prohibiciones de agredir físicamente a un compañero de trabajo o embriagarse en el trabajo) y otras de manera muy abstracta (por ejemplo, transgresión de la buena fe, el abuso de confianza, desempeño del trabajo con falta de diligencia y cuidado). En el supuesto de que una conducta pueda vulnerar varias obligaciones y/o prohibiciones laborales, el empresario únicamente podrá imponer una sola sanción en base a una de esas normas, no siendo posible aplicar posteriormente una nueva sanción fundada en otra de las normas vulneradas²⁵³. Ello no impide que en las comunicaciones que envíe al trabajador materializando la sanción invoque las diversas normas que han sido vulneradas y que constituyen el fundamento de la pena laboral.

4.1. Reincidencia y principio non bis in ídem.

En el derecho disciplinario laboral existen dos figuras que se mencionan recurrentemente: la “reincidencia” y la “reiteración”, que en el derecho comparado se emplean indistintamente,²⁵⁴ a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal²⁵⁵. La diferencia entre ambas instituciones es que en la reincidencia²⁵⁶ se requiere una sanción previa firme del trabajador por una falta de la misma o distinta especie a la cometida

252 La Profesora Fernández López sostiene: “En una aproximación puramente terminológica por fundamento de una sanción parece que ha de entenderse su justificación, su finalidad, el bien jurídico que con ella se trata de proteger, y ello desde una doble perspectiva: desde la tipificación –es la razón de que una conducta esté considerada como falta– y desde el punto de vista de la sanción concreta, que es impuesta porque el bien jurídico es atacado y en la medida que lo es”. FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA. *Ob. cit.*, págs. 294 – 295.

253 *Ídem.*

254 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA. *Ob. cit.*, pág. 488; Rodríguez Rodríguez, Emma. *Ob. cit.*, págs. 216 – 218.

255 Véase, entre otros, en el derecho nacional sobre la distinción entre reincidencia y reiteración en materia penal HUIDOBRO MARTÍNEZ, SERGIO. “*Algunos comentarios a la Ley N° 20.253 en materia de reincidencia*”. Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo, N° 18, 2008, págs. 491 – 494.

256 Se sostiene que: “se aprecia reincidencia cuando al cometer la falta, el trabajador hubiese sido sancionado por la comisión de otra falta aún de distinta naturaleza”. CASTRO ARGUELLES, MARÍA ANTONIA. *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*. Aranzadi. Pamplona. 1993, pág. 190.

posteriormente, lo que no es exigido en la reiteración, siendo requisito de esta última que el trabajador no haya sido sancionado previamente. Se trata de circunstancias agravantes de la responsabilidad disciplinaria derivadas de anteriores infracciones que no deben ser obligatoriamente idénticas. Particular importancia adquiere la reincidencia por su conexión con el principio *non bis in ídem*.

En relación con las faltas laborales, la reincidencia actúa como agravante de la sanción, pudiendo imponerse una sanción de mayor gravedad que la aplicada anteriormente²⁵⁷. Sus elementos configuradores son: repetición de infracciones laborales por un mismo trabajador, que tal repetición se lleve a cabo en un período de tiempo determinado y la previa sanción de las infracciones anteriores²⁵⁸.

En cuanto a la repetición de las faltas laborales, ya se ha señalado que no tienen por qué ser de la misma especie, pudiendo ser de la misma naturaleza (reincidencia específica) o de distinta naturaleza (reincidencia genérica) debiendo, eso sí, ser cometidas por el mismo trabajador²⁵⁹. No existe ninguna norma que señale el número de faltas que deben cometerse para que tenga lugar la reincidencia; tampoco lo establecen generalmente los reglamentos internos ni los contratos de trabajo, los que ni siquiera mencionan la reincidencia como una conducta agravante, siendo los Tribunales de Justicia los que la aplican al momento de calificar la procedencia del despido disciplinario. Ahora bien, hay que tener presente que determinadas faltas se caracterizan, precisamente, por su repetición, configurándose solamente si la acción es repetitiva. El ejemplo más claro es el de las inasistencias injustificadas. El artículo 160 N° 3 del Código del Trabajo señala entre las causales del despido disciplinario las inasistencias injustificadas del trabajador durante “*dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo*”, supuesto en que la repetición es intrínseca, sin la cual no se configura la causal de despido, pudiendo configurarse una falta diferente de menor entidad sino concurre la repetición exigida por la norma legal.

También exige la reincidencia que las infracciones laborales anteriores deben haber sido sancionadas previamente por el empleador a través de la aplicación de una sanción conservativa prevista en el reglamento interno. Las mismas tienen una función eminentemente correctiva, por lo que la reincidencia denota un desprecio del trabajador de corregir su conducta y un fracaso de esa función de la sanción laboral, que es

257 *Ibíd.*, pág. 191.

258 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA. *Ob. cit.*, pág. 95.

259 MAINARDI, SANDRO. *Ob. cit.*, pág. 335.

de mayor entidad cuando comete faltas laborales iguales o similares a las ya sancionadas. Las sanciones anteriores deben encontrarse firmes y cumplidas, habiendo transcurrido los plazos para impugnarlas por parte del trabajador²⁶⁰. Por el contrario, si la impugnación de la sanción precedente se encuentra en trámite y se aplica una nueva sanción al trabajador por una infracción laboral posterior, no opera la reincidencia; podrá existir reiteración de faltas, que también es una agravante de la responsabilidad disciplinaria.

En cuanto al transcurso del tiempo entre las diversas infracciones laborales, no existe en el Ordenamiento Jurídico nacional ninguna norma legal que establezca un lapso de tiempo determinado para que la reincidencia se produzca, a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado²⁶¹. Sin embargo, estimamos que se debe tratar de un plazo prudencial, razonable, no siendo posible que se consideren faltas pretéritas, cometidas mucho tiempo antes que la nueva falta laboral, circunstancia que debe ser calificada por el empleador al momento de aplicar la nueva sanción laboral, que es el despido comúnmente, como también por el juez laboral al calificar la justificación del despido.

El incumplimiento concreto que configura la reincidencia no es distinto a otros posibles incumplimientos; no tiene en sí mismo una mayor dañosidad o gravedad y puede, incluso, ser de escasa entidad aisladamente considerado. Lo que es grave es lo que revela, siendo el justificativo de la imposición de una sanción de mayor entidad: la rebeldía del trabajador a adaptarse a la organización empresarial, su conducta renuente a sujetarse a las instrucciones impartidas por el empleador, y es ello justamente, y no tanto el concreto incumplimiento actual, lo que efectivamente viene a sancionarse²⁶². En la reincidencia se sanciona una

260 Debe precisarse que en el Derecho del Trabajo Chile no existe ninguna norma que señale el plazo que tiene el trabajador sancionado para impugnar la sanción conservativa. Una alternativa sería estimar que rigen los plazos del artículo 510 del Código del Trabajo, que es la disposición que regula los plazos generales de prescripción de los derechos laborales de los trabajadores. Sin embargo, ello es dudoso, puesto que el plazo para impugnar el despido disciplinario, que es la sanción de mayor gravedad que puede imponer el empleador, es de 60 días hábiles como regla general, según el artículo 168 del Código del Trabajo. De ahí, que sería incongruente que existiera un plazo más extenso para impugnar sanciones menos graves que el despido, posibilidad que, por lo demás, atenta la seguridad jurídica, al ser bastante extenso los plazos del artículo 510 para los efectos de impugnar las sanciones. Por esto es que se estima que el plazo que tienen los trabajadores para impugnar las sanciones conservativas es de 60 días hábiles contados desde que se materializa. Se reconoce, eso sí, que es un conclusión discutible.

261 El artículo 7 coma 8 del Stat. Lav. Italiano solamente confiere eficacia a la reincidencia cuando han transcurrido menos de dos años desde la anterior falta laboral sancionada hasta la nueva falta laboral cometida por el mismo trabajador.

262 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA. *Ob. cit.*, pág. 208.

conducta unitaria, global, diferente de la que fue a su vez sancionada con anterioridad; por ello no existe vulneración del principio *non bis in ídem*, pues las sanciones anteriores ya sancionadas no vuelven a serlo en cuanto tales.²⁶³ Lo que castiga en último lugar la reincidencia es la actitud de rebeldía del trabajador, la negativa reiterada a adaptarse a la organización de la empresa.²⁶⁴

encia en las infracciones laborales constituye un criterio general y preponderante del juicio de proporcionalidad en términos de agravamiento de la pena que puede imponer el empleador por la comisión de una nueva falta laboral por el trabajador²⁶⁵. De este modo, es posible la aplicación del despido disciplinario por la comisión de un incumplimiento laboral cuando anteriormente el trabajador infractor fue sancionado por iguales o similares faltas laborales con una sanción conservativa. Lo anterior, debido a que la reincidencia revela una constante o reiterada violación de obligaciones, deberes y prohibiciones que debe observar el trabajador, resultando ineficaz la función correctiva del poder disciplinario a través de las sanciones conservativas, que buscan que el trabajador infractor corrija su actuar.

Debe advertirse que la aplicación del principio *non bis in ídem* en materia laboral en la reincidencia tiene una serie de matizaciones, no pudiendo aplicarse de igual manera que en sede penal y administrativa. Es así que se debe diferenciar de la reincidencia infraccional, que no supone una pluralidad punitiva sino un agravamiento de la conducta del trabajador que previamente ha sido sancionado, y que a pesar de esto incide en una nueva conducta infractora que se califica y se sanciona más gravemente²⁶⁶. En efecto, el uso de la facultad disciplinaria del empleador, que implica la imposición de sanciones no extintivas del contrato de trabajo, no lo inhabilita para poner posteriormente término al contrato de trabajo cuando el trabajador incurre en un nuevo incumplimiento laboral, invocando alguna de las causales de caducidad del artículo 160 del Código del Trabajo, fundado en la nueva falta laboral y en la conducta reincidente del trabajador. Así se ha resuelto tratándose de los atrasos reiterados del trabajador en el cumplimiento de su jornada de trabajo²⁶⁷.

263 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA. *Ob. cit.*, pág. 208; Castro Arguelles, María Antonia. *Ob. cit.*, pág. 191; Rodríguez Rodríguez, Emma. *Ob. cit.*, pág. 103.

264 POQUET CATALÁ, RAQUEL. *Ob. cit.* págs. 202 – 203.

265 MAINARDI, SANDRO. *Ob. cit.*, pág. 335.

266 CASTRO ARGUELLES, MARÍA ANTONIA. *Ob. cit.*, pág. 191.

267 Sentencia de la Excma. Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, 28 de abril de 2010, Rol N° 883 – 2010, publicada en <http://www.microjuris.cl/Search> (identificador microjuris MJJ23541); sentencia de la Excma. Corte Suprema, recurso de

Tampoco debe confundirse con los casos de infracciones encadenadas, esto es, incumplimientos que se producen de manera consecutiva y que se relacionan con los mismos hechos, pues si bien las infracciones que se producen son diferenciadas, porque también lo son los hechos a los que responden, y las sanciones a aplicar pueden ser diferentes, pueden configurar una infracción distinta globalmente considerada la conducta, y por lo mismo puede imponerse una sanción diferente de mayor entidad porque la conducta global es más grave. En estos casos no se desconoce el principio *non bis in ídem*, pues se trata de incumplimientos contractuales distintos²⁶⁸. El castigo de la reincidencia es más bien una sanción de un modo de ser de la persona, de la contumacia, rebeldía e indisciplina de la persona.

La jurisprudencia laboral confirma lo señalado al sostener que la conducta sancionada a través del despido disciplinario viene a sumarse a una serie de incumplimientos previos, que pueden legítimamente invocarse, sin vulnerar el *non bis in ídem*, ya que el invocar tales hechos no importa que el trabajador sea nuevamente sancionado por alguna de esas infracciones en particular, sino que lo que se invoca, y que configura una cuestión distinta, es que el trabajador presenta una conducta incumplidora, irrespetuosa con los procedimientos y normas internas de la empresa, indicándose en esta oportunidad como una suerte de agravante el cúmulo de incumplimientos previos²⁶⁹. De particular importancia es la sentencia de la Exma. Corte Suprema de 11 de septiembre de 2014, dictada en

casación en el fondo, 19 de agosto de 2010, Rol N° 3729 – 2010, publicada en <http://www.microjuris.cl/Search> (identificador microjuris MJJ25264).

268 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA. *Ob. cit.*, pág. 304.

269 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de julio de 2012, Rol Reforma Laboral N° 1503 – 2011; sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 20 de mayo de 2013, RIT O – 623 – 2013. En similares términos sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 31 de diciembre de 2013, Rol Reforma Laboral N° 401 – 2013, que concluye: “Quinto: *Que de los antecedentes relacionados en los dos considerandos anteriores, no ha podido establecerse infracción al principio de “non bis in ídem”, toda vez que la suma de hechos imputados a la trabajadora son consecuencia de distintas actuaciones efectuadas en un período breve, denotando que la actora de manera reiterada incumplió sus obligaciones, no modificando su actitud, pese a que se le apercibiera de futuras acciones sancionatorias, apercibimiento considerado diferente a la amonestación.*

Las cartas enviadas por el empleador, tenían precisamente por objeto representarle a la actora la conducta contraria al contrato y a las normas laborales, para el caso que las infracciones se siguieran produciendo, tal como efectivamente ocurrió, pudiendo el demandado probarlo, precisamente por habérsele hecho presente en cada oportunidad.

Por otra parte concluir de forma distinta significaría entender que la facultad disciplinaria del empleador se extingue con la amonestación, perspectiva que no emerge del claro texto del artículo 160 N° 7 del Código Laboral, sino que precisamente permite poner fin al contrato de trabajo frente a esta grave situación”., Publicadas en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

recurso de unificación de jurisprudencia, que al rechazarlo, concluye que la reincidencia no vulnera el principio *non bis in ídem*. Textualmente señala la sentencia en lo pertinente: “Los jueces destacan estarse ante dos situaciones distintas entre sí. Una, la de la individualidad y especificidad de cada una de las seis inconductas, particularmente encaradas, las que se corresponden con otras tantas representaciones; ni una ni dos ni tres de éstas tuvieron la virtud de engendrar el despido. La otra es la de la indiferencia de la educadora ante las sucesivas representaciones enfrente las advertencias o apercibimientos atinentes, que se traduce en un plus configurativo de una nueva realidad. Es esta marca diferenciadora la que ha conducido a la Corte de Apelaciones a desestimar la nulidad, como quiera que hipótesis semejante descarta de plano el *bis in ídem*”²⁷⁰.

4.2. Responsabilidad disciplinaria y Responsabilidad contractual.

Es posible que el trabajador cometa una conducta laboral que provoque el incumplimiento de una obligación o el quebrantamiento de una prohibición establecida en el contrato de trabajo del infractor, causando un perjuicio al empleador. Esta falta puede configurar una causal de despido disciplinario prevista en el artículo 160 del Código del Trabajo o bien una infracción sancionable con una sanción del reglamento interno cuando el mismo señala que es obligación del trabajador respetar las obligaciones y prohibiciones del contrato. También puede hacer surgir la responsabilidad contractual en la medida que concurran todos los presupuestos de la responsabilidad civil contractual.

La duda que surge en el supuesto indicado es si es compatible la responsabilidad contractual y la responsabilidad disciplinaria, especialmente materializada en el despido, o por el contrario, ello no es posible porque se vulneraría el principio *non bis in ídem* porque concurren diversos elementos que están presentes en éste; es así que existe identidad de sujeto y de conducta. Menos claro es si existe identidad de fundamento entre ambos tipos de responsabilidad, pues de ser iguales solamente puede imponerse una especie de responsabilidad, no ambas, por impedirlo el principio *non bis in ídem*. Por el contrario, si el fundamento jurídico es diverso, pueden imponerse ambas responsabilidades, siendo plenamente compatibles.

270 Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 11 de septiembre de 2014, Rol N° 2.733-2.014, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

La sanción disciplinaria pertenece al amplio género de las penas privadas cuya aplicación no persigue un resarcimiento de carácter patrimonial. Es así que se puede afirmar con una cierta uniformidad de opinión la acumulación del remedio disciplinario con aquel resarcitorio cuando la conducta reprochable tiene un carácter pluriofensivo, configurando un atentado a la disciplina laboral y que, a la vez, produce un daño civil. La reacción disciplinaria prescinde totalmente de una finalidad restitutoria o indemnizatoria, persiguiendo a la inversa, a través de su carácter eminentemente afflictivo y disuasorio, el restablecimiento para el futuro de la ordinaria organización productiva perturbada con el comportamiento irregular²⁷¹. En efecto, la sanción disciplinaria, como pena que es, no persigue el resarcimiento del daño causado; no tiene por finalidad la satisfacción de una pretensión, sino la defensa de un interés lesionado o en peligro.²⁷²

No existe incompatibilidad que impida la aplicación simultánea de ambos tipos de responsabilidad fundado en unos mismos hechos, fundamentalmente porque entre ambas existe una diferencia sustancial de naturaleza que hace posible su aplicación conjunta. Una responsabilidad resarce y la otra castiga, teniendo fundamentos jurídicos inmediatos diversos que no vulneran el principio *non bis in ídem*, que solo opera cuando la justificación inmediata es la misma. No altera esta conclusión la circunstancia de que ambos sistemas de responsabilidad se encuentran al servicio del mismo interés amplio, el derecho al crédito del empresario, por lo que interesa el fundamento jurídico inmediato. Por ello, el principio *non bis in ídem* funcionará solo en el interior de cada sistema de responsabilidad, pero no se desplegará fuera de ellas en sus mutuas relaciones.²⁷³

En conclusión, es perfectamente posible compatibilizar las sanciones laborales con la responsabilidad civil del trabajador en supuestos de infracciones laborales culpables o dolosas que causan daño al empleador, esto debido a que la sanción disciplinaria no elimina la responsabilidad civil, sino que ambas deben coordinarse, porque aunque todas responden al fundamento último del interés empresarial, la disciplinaria tiene como fin castigar, mientras que la civil es resarcir los daños producidos con dicho incumplimiento. De esta manera, al tener cada una un fin diferente, no se conculcaría el principio *non bis in ídem*²⁷⁴. Así, el

271 MAINARDI, SANDRO. *Ob. cit.*, págs. 25 – 26.

272 GILY GIL, JOSÉ LUIS. *Ob. cit.*, pág. 31; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA. *Ob. cit.*, pág. 21.

273 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA. *Ob. cit.*, pág. 303.

274 CREMADES SANZ – PASTOR, BERNARDO. *Ob. cit.*, pág. 115.

empleador puede extinguir el contrato individual de trabajo por despido disciplinario y accionar de responsabilidad civil por incumplimiento contractual laboral contra el trabajador despedido, lo que debe hacer en sede laboral conforme al artículo 420 letra a) del Código del Trabajo, al concurrir todos los requisitos de este numeral en la responsabilidad civil contractual del trabajador despedido.

5. EL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ: MATERIALIZACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE.

Si bien el empleador puede aplicar el despido disciplinario a los trabajadores que incurren en infracciones e incumplimientos laborales fundado en una o más de las causales establecidas en el artículo 160 del Código del Trabajo, surge el problema de determinar si existe un plazo dentro del cual el empleador debe materializar el despido, o por el contrario, puede aplicarlo en cualquier momento, independientemente de la época de comisión de la falta laboral que sanciona o conocimiento de la misma, duda que es justificada porque no existe en el Ordenamiento Jurídico laboral nacional ninguna disposición que establezca un plazo dentro del cual deba ejercerse el poder disciplinario empresarial para aplicar una sanción, entre ellas el despido disciplinario, a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones del derecho comparado, como la española²⁷⁵ y la francesa²⁷⁶, donde se establece un plazo de prescripción de las faltas laborales, transcurrido el cual se extingue el poder disciplinario del empresario para sancionar la falta que no se ha castigado oportunamente.

A pesar de la omisión normativa existente en nuestro ordenamiento jurídico, el poder disciplinario debe ejercerse en un plazo razonable, no pudiendo quedar permanentemente el trabajador afecto a la posibilidad de un castigo por infracciones pretéritas cometidas. Por tanto, el empleador no podrá aplicar el despido disciplinario por incumplimientos laborales

275 El artículo 60. 2 del Estatuto de los Trabajadores dispone: “*Prescripción. [...] 2. Respecto a los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido*”.

276 El artículo L 122 – 4 del Código del Trabajo francés dispone: “*ninguna falta podrá dar lugar por sí sola a la incoación de un procedimiento disciplinario más allá del plazo de 2 meses a contar desde el día en que el empresario ha tenido conocimiento de ella, a menos que haya dado lugar al ejercicio de acciones penales*”.

cometidos un lapso de tiempo considerable antes de conocidos por el empleador y no sancionados tan pronto tomó conocimiento de ellos, consintiendo en la conducta del trabajador infractor, lo que generó una confianza legítima en el trabajador de que no sería castigado.

Las razones que justifican la exigencia de un plazo razonable para el ejercicio del poder disciplinario no siempre han sido unívocas ni únicas. Así, se indica que como resguardo a la posición contractual del trabajador, la inmediatez en la sanción busca impedir que la utilización tardía de la imputación de una falta se traduzca en una conducta de carácter arbitraria de parte del empleador, debido a que éste ha creado con su propio comportamiento pasivo una situación de aceptación de la conducta del trabajador en términos tales de generar en éste una legítima confianza en orden a que el empleador no utilizará la vía disciplinaria²⁷⁷. Asimismo, se indica que el ejercicio oportuno del poder disciplinario permite al trabajador hacer valer con eficacia su derecho a defensa, puesto que solamente la inmediata imputación le permite invocar los argumentos y justificar su conducta ante el órgano competente para conocer de la impugnación de la sanción que le aplique el empleador.²⁷⁸

La exigencia de la inmediatez también responde a intereses del empleador, debido a que reviste a la imposición de la sanción de seriedad y congruencia respecto a la infracción castigada. La propia finalidad de la sanción disciplinaria exige necesariamente tempestividad en su imposición, a fin de disuadir al trabajador de que repita el comportamiento castigado. El transcurso de un cierto lapso sin que exista reacción de parte del empleador induce al trabajador a considerar legítimo, o cuando menos tolerado, el comportamiento en cuestión²⁷⁹. Esta pluridireccionalidad de razones del criterio de la inmediatez revela que su fin último reside en la certeza de la relación jurídica en el contexto de la ejecución del contrato de trabajo según la conducta correcta y de buena fe.²⁸⁰

5.1. La exigencia de un plazo razonable para la materialización del despido disciplinario en el ordenamiento jurídico nacional.

A pesar del vacío normativo que existe en el Ordenamiento Jurídico nacional en la regulación de los plazos dentro de los cuales puede

277 MAINARDI, SANDRO. *Ob. cit.* pág. 386.

278 *Ídem.*

279 SANTANA, RICARDO. *El poder disciplinario del empleador en la empresa privada.* fundación de cultura universitaria. Montevideo. 2001, pág. 145.

280 MAINARDI, SANDRO. *ob. cit.*, pág. 387.

materializarse el despido, necesariamente debe ejercerse dentro de un plazo razonable. Esta afirmación se funda en la seguridad jurídica que debe imperar en las relaciones jurídicas privadas, carácter que tiene el contrato individual de trabajo, más aún si se considera que aquél tiene la naturaleza de principio general del derecho y valor superior del Ordenamiento Jurídico. Sostener lo contrario, esto es, que el empleador puede aplicar un despido disciplinario a un trabajador en cualquier momento, independientemente del tiempo en que se haya cometido la infracción laboral sancionada, atenta claramente contra la seguridad jurídica. No existe facultad, poder ni derecho subjetivo que pueda ejercerse en cualquier momento; todos están sujetos a un plazo, especialmente cuando se ejercen en el contexto de una relación jurídica que involucra intereses de las distintas partes. En general, ninguna expectativa jurídica legítima puede tenerse en una situación de eterna pendencia, especialmente en el caso del despido disciplinario, en que es necesaria la certeza por las consecuencias jurídicas perjudiciales que ocasiona al trabajador. La posición de auto-tutela del empresario y la subordinación del trabajador provoca que mantener sobre éste la amenaza de un despido disciplinario indefinidamente, sin hacerlo efectivo pero sin renunciar a este derecho, constituye una conducta abusiva que produce indefensión y es contraria a la seguridad jurídica²⁸¹.

Refuerza lo sostenido el principio general de derecho de la buena fe, que se encuentra reconocido en materia contractual de modo expreso en el artículo 1546 del Código Civil, disposición que es aplicable al contrato de trabajo en virtud de la aplicación supletoria del Código Civil, según lo dispuesto en el artículo 4 de este último cuerpo legal²⁸². En el despido disciplinario la cláusula general de la buena fe actúa en todo caso, aún a falta de plazos para la válida materialización del mismo²⁸³. Es la opinión sostenida también por los autores italianos,²⁸⁴ en cuyo

281 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA. *ob. cit.*, pág. 49.

282 Véase sobre la vigencia de la buena fe en el Derecho del Trabajo chileno IRURETA URIARTE, PEDRO. “*Vigencia del Principio de la Buena Fe en el Derecho del Trabajo Chileno*”. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca, Vol. 17, Nº 2, 2011, págs. 133 – 187.

283 Se sostiene por la doctrina comparada que “en materia disciplinaria, la cláusula general de buena fe actúa en todo caso, así a falta de plazos para el válido ejercicio del poder disciplinario, como en los supuestos en que el legislador limita en el tiempo la relevancia disciplinaria de los incumplimientos. [...] Aún a falta de una disposición expresa que regule la prescripción de las faltas laborales o la caducidad del poder disciplinario, un ejercicio intempestivo de dicho poder contraviene el principio general de buena fe”. GILY GIL, JOSÉ LUIS. *Ob. cit.*, págs. 132 – 133.

284 Véase CARINCI, FRANCO; DE LUCA TAMAJO, RAFFAELE; TOSI, PAOLO; TREU, TIZIANO. *Diritto del Lavoro. Volume 2. Il rapporto di lavoro subordinato*. Reimpresión con apéndice de actualización de la edición de 1985. UTET. Torino. 1985,

ordenamiento jurídico tampoco existe una norma que establezca un plazo dentro del cual el empleador debe ejercer su poder sancionatorio, pero no obstante ello se ha exigido la inmediatez en la imposición del despido disciplinario fundado principalmente en la buena fe.²⁸⁵

En base a los principios jurídicos de la buena fe y de seguridad jurídica es que el despido disciplinario debe materializarse en un plazo razonable, límite que recibe el nombre de principio de inmediatez²⁸⁶. Dicho principio lo recogen el Convenio 158 y la Recomendación 166 de la OIT²⁸⁷ sobre terminación de la relación laboral, los que si bien no han sido ratificados por el Estado de Chile, no formando, por lo mismo, parte del Ordenamiento Jurídico nacional, de todas formas deben tenerse presente en su calidad de norma mínima internacional²⁸⁸. Además, el principio de la inmediatez posee, en nuestra opinión, un carácter estrictamente normativo de que le dota el artículo 1546 del Código Civil, por fundarse el mismo en la buena fe contractual.

Con el propósito de resguardar la posición del trabajador, la inmediatez busca impedir que la utilización tardía del despido disciplinario se traduzca en una conducta arbitraria de parte del empleador. Por ello, su inactividad prolongada debe interpretarse como una aquiescencia de la conducta del trabajador, generando en este último una legítima creencia

pág. 277; GERA, GIUSEPPE. *Diritto del Lavoro*. Tercera Edición. Cedam. Padova. 1988, pág. 541; D AVOSSA, EDOARDO. *Il Potere Disciplinare nel rapporto di lavoro*. Segunda Edición. Ipsoa Informática. Milano. 1989, pág. 62.

285 Para la doctrina italiana la ausencia de plazos en el Derecho del Trabajo italiano para ejercer el despido disciplinario no permite que pueda materializarse en cualquier tiempo, debido a que quien dispone del poder de disolver el vínculo laboral lo ejercerá normalmente tan pronto como le sea posible, de no hacerlo así el empleador habrá renunciado a su ejercicio. En este sentido MANCINI, GIUSEPPE FEDERICO. *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, I, Il recesso straordinario. Il negozio di recesso*. Giuffrè. Milano. 1965, pág. 233.

286 SANTANA, RICARDO. *Ob. cit.*, pág. 146.

287 El artículo 10 de la Recomendación 166 de la OIT regula claramente el principio de la inmediatez. Señala la citada norma “*se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho a dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de este si no hubiera adoptado esta medida dentro de un período de tiempo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta*”. Por su parte, los artículos 7 y 11 del Convenio 158 de la OIT aluden a los dos momentos necesarios para determinar si es o no inmediato el ejercicio del poder disciplinario: aquel en que se conoce el incumplimiento del trabajo, y el período de tiempo razonable de que dispone el empresario para ejercer el poder, estableciendo como consecuencia jurídica la renuncia al ejercicio del poder disciplinario, de vulnerarse el principio de la inmediatez.

288 ROJAS, IRENE. “*Naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el Ordenamiento Laboral Chileno*”. Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLI, 2013, Segundo Semestre, pág. 111.

de la voluntad del empleador de no proceder por vía disciplinaria.²⁸⁹

Nuestros Tribunales de Justicia²⁹⁰ han reconocido el principio de la inmediatez en el despido disciplinario al sostener que, si bien no existe norma que determine el tiempo que debe mediar entre el momento en que el empleador tiene conocimiento de la falta del trabajador que invoca como motivo para materializar el despido y la oportunidad en que se adopta esta última decisión, se afectaría gravemente al orden laboral si se admitiera que un empleador puede terminar unilateralmente un contrato de trabajo en cualquier tiempo después de haber tomado conocimiento real y efectivo del motivo que justifica la ruptura del vínculo laboral. Es por ello que concluyen que debe existir un lapso de tiempo razonable para la materialización del despido de conformidad con la voluntad del legislador, que no puede ser la de permitir que entre el incumplimiento laboral y el despido transcurra un lapso tan prolongado que deje dudas sobre la seriedad y buena fe de la decisión patronal de privar al trabajador de su empleo, pues entre ambos momentos debe existir cierta inmediatez, una secuencia tal que elimine toda incertidumbre referente a que se está sancionando el incumplimiento que se está atribuyendo al trabajador y no otro que pudiere ya haber sido perdonado u olvidado.

Ahora bien, por no existir un plazo exacto para materializar el despido en el ordenamiento laboral nacional, la calificación de efectuarse el despido dentro de un plazo razonable corresponderá en un primer momento al empleador, que es quien impone el despido, y luego a los Tribunales de Justicia, de impugnarse el mismo por el trabajador sancionado. Los Tribunales de Justicia deben aplicar el principio de la inmediatez atendiendo las circunstancias del caso, considerando la complejidad de los hechos que motivaron el despido disciplinario, la forma en que el empleador tomó conocimiento de ellos y el momento en que los conoció, entre otras circunstancias.

El despido disciplinario extemporáneo contraviene el principio general de buena fe. Si el empleador permanece inactivo por un lapso de tiempo excesivo, el despido posterior ha de reputarse extemporáneo, por ser contrario al principio general de buena fe. Quien goza de un poder unilateral que le faculta para extinguir la relación laboral, todo ello sin necesidad de acudir al juez por regla general,²⁹¹ no tiene más opciones

289 MAINARDI, SANDRO. *Ob. cit.*, pág. 386.

290 Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 22 de septiembre de 1997, Rol N° 3.388 – 1.996; sentencia de la Excma. Corte Suprema, 24 de junio de 2008, Rol N° 2.414 – 2008, publicadas en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

291 La excepción está constituida por los trabajadores que gozan de fuero laboral, debido a que el artículo 174 del Código del Trabajo exige, tratándose del despido

que imponer el despido disciplinario en un tiempo razonablemente breve a partir del momento que conoce el incumplimiento laboral, o bien permanecer inactivo, renunciando a la posibilidad de despedir al trabajador infractor. La conducta pasiva prolongada implica que todo despido disciplinario extemporáneo viola el principio de la buena fe.

En consecuencia, no existe ninguna duda de que la ausencia en nuestro derecho positivo de una norma que establezca un plazo perentorio para materializar el despido disciplinario no significa admitir que el empleador pueda retrasar sin más, discrecionalmente, la aplicación del despido y la ejecución material del mismo²⁹². El comportamiento del empleador, que tiene cabal conocimiento de una falta laboral y no la sanciona de inmediato sino luego de transcurrido un plazo excesivo, contraviene no solo la buena fe y la seguridad jurídica sino también el principio *venire contra factum proprium*²⁹³. Frente a una determinada falta imputable al trabajador, el empleador deberá disponer de inmediato la imposición del despido, si decide aplicar esta sanción. La aplicación del despido disciplinario debe ser próxima a los hechos en que se funda o a la oportunidad en que el empleador tomó conocimiento efectivo de dichas circunstancias, de no ser coetáneas ambas circunstancias. No hacerlo en la oportunidad y demorar la decisión acarrea que la falta que se quiere hacer valer pierda vigencia y actualidad, en cuyo caso se dirá que el empleador ha renunciado a la facultad de imponer el despido²⁹⁴, y de aplicarlo deberá sancionarse conforme a la normativa vigente, por materializarse extemporáneamente.

Según la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, la aplicación del despido disciplinario debe ser próxima a los hechos en que se funda o a la oportunidad en que el empleador tomó conocimiento efectivo de dichas circunstancias, pues solo así puede el dependiente recurrir a una adecuada defensa de sus derechos. El despido debe fundarse en hechos presentes y no pretéritos; se busca con ello dotar a la relación laboral de certeza en cuanto a su vigencia, evitando así que el trabajador esté sometido permanentemente al fantasma del despido.²⁹⁵

disciplinario, autorización previa del juez competente para materializarlo. De infringirse dicha norma el despido es nulo absolutamente.

292 GIL Y GIL, JOSÉ LUIS. *Ob. cit.*, pág. 133.

293 Miguel Rodríguez Piñeiro en prólogo al libro de CREMADES SANZ – PASTOR, BERNARDO. *Ob. cit.*, pág. 28.

294 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de abril de 2009, Rol N° 456 – 2008, publicada en <http://www.microjuris.cl/Search> (identificador microjuris MJJ19932).

295 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de abril de 2009, Rol N° 456 – 2008, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

5.2. Forma de computar el plazo razonable para materializar el despido disciplinario.

La orientación doctrinal predominante es interpretar el criterio de la intermediación con una cierta elasticidad, a partir de la consideración de que la tempestividad en la imposición del despido disciplinario debe ser relativa, porque debe computarse no desde el momento de la comisión del incumplimiento laboral sino desde que se adquiriera su conocimiento por parte del empleador²⁹⁶; ello, por dos razones principales. De un lado, porque es necesario dar al empleador un cierto lapso de tiempo para el conocimiento de la infracción disciplinaria con el fin de proceder a la materialización del despido, teniendo un preciso y completo conocimiento del incumplimiento laboral, sobre todo si se considera que debe especificarse detalladamente en la comunicación dada al trabajador sancionado los hechos que configuran la causal del despido disciplinario, siendo los únicos que puede acreditar el empleador en un juicio de despido injustificado²⁹⁷. Por otra parte, porque permite verificar la falta y el infractor, necesario para adoptar la sanción que sea proporcional. Solamente el pleno conocimiento del incumplimiento laboral, de sus consecuencias, participación y grado de participación del trabajador, permite al empleador estar en condiciones de adoptar la decisión de despedir al infractor o bien imponer una sanción menos gravosa.

En los casos en que es necesario realizar una investigación para conocer los hechos irregulares y sus autores, el plazo razonable comienza a correr desde que el empleador conoce los resultados de la misma, lo que le permite tomar conocimiento de la falta laboral. Por consiguiente, el día a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo no es otro que la fecha en que se le entregó el informe pericial que solicitó al efecto o

296 FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA. *OB. CIT.*, PÁGS. 280 – 286; MAINARDI, Sandro. *Ob. cit.*, pág. 387; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA. *Ob. cit.*, págs. 52 – 53.

297 En este sentido: sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de agosto de 2012, Rol Reforma Laboral N° 602 – 2012; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de septiembre de 2013, Rol Reforma Laboral N° 791 – 2013; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de octubre de 2013, Rol Reforma Laboral N° 915 – 2013, publicadas en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014]. Se ha resuelto: “Cuarto: [...] el aviso o carta de despido debe señalar –determinadamente-, en cuál de dichas hipótesis incurrió el trabajador, así como también -los hechos- en que se hace consistir, estándole vedado al empleador, complementar dicha carta en el juicio, en la contestación o a través de los medios de prueba”, sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de julio de 2014, Rol Reforma Laboral N° 222 – 2014, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

el resultado de la investigación encomendada a un departamento interno o externo, que es cuando la empresa tiene conocimiento de los hechos que castiga.²⁹⁸

En consecuencia, el plazo razonable para la materialización del despido disciplinario debe ser entre el conocimiento por parte del empleador del incumplimiento laboral, el autor y la materialización del despido disciplinario. Esto, porque solamente cuando el empresario tenga conocimiento de la falta laboral y de la individualización del trabajador que la cometió estará en condiciones de ejercer su poder. No se puede sancionar lo que se desconoce. De ahí que no se puede computar el plazo razonable desde la comisión de los hechos reprochables por parte del trabajador con prescindencia del conocimiento del empresario. A veces puede ser coetáneo el tiempo en que se cometió la infracción y el conocimiento del empleador o bien existir un breve lapso de tiempo de diferencia, lo que ocurre comúnmente con las inasistencias injustificadas, los atrasos del trabajador y las conductas ejecutadas a vista y paciencia de los superiores jerárquicos. Pero en otras ocasiones y, cada vez con mayor frecuencia, los incumplimientos laborales no son evidentes, sea por su propia naturaleza o bien por ocultamiento del trabajador para evitar ser sancionado, especialmente cuando obtiene ventajas económicas de las infracciones que comete, casos en los cuales el conocimiento de los incumplimientos, del autor de los mismos y su grado de participación solamente se adquirirá por el empleador luego de realizada una investigación por el propio empleador o por un órgano del Estado, como lo es el Ministerio Público. En estos casos la inmediatez solamente comenzará a correr una vez que el empleador tiene conocimiento de las faltas laborales y de quien las cometió, porque solo en ese instante está en condiciones de decidir si aplica o no el despido disciplinario, no resultando vulnerado el principio de la inmediatez. Ello porque la inmediatez tiene un carácter subjetivo y relativo: subjetivo, en cuanto que requiere el conocimiento de los hechos sancionables por parte del empleador, sin que baste la mera comisión de los incumplimientos, y relativo, en cuanto que es susceptible de un intervalo de tiempo necesario para conocer y valorar los ilícitos que se imputan al trabajador.²⁹⁹

Los Tribunales de Justicia en forma reiterada, en juicios de despido injustificado, han declarado que el mismo se materializó dentro de un plazo razonable cuando se concretó luego de concluida la investigación

298 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, EMMA. *Ob. cit.*, págs. 52 – 53; Poquet Catalá, Raquel. *Ob. cit.*, págs. 257 – 259.

299 MAZZIOTTI, FABIO, *Il Licenziamento illegittimo*. Liguori Editore. Napoli. 1982, pág. 141; Gil y Gil, José Luis. *Ob. cit.*, pág. 138.

que permitió al empleador tomar conocimiento de los incumplimientos laborales y sus autores, no procediendo el perdón de la causal por no haberse vulnerado el principio de la inmediatez. Es así que la Excma. Corte Suprema ha sostenido en numerosas sentencias que el actuar del empleador aparece ajustado a la prudencia cuando solo despide al trabajador luego de tener certeza de la participación de éste en los hechos que se le habían imputado en el curso de la investigación, aun cuando ésta haya demorado un lapso de tiempo, no pudiendo entenderse como un **perdón** de la **causal el desarrollo de una investigación interna o externa** porque para ello se requiere que el empleador renuncie a una posición ventajosa permitiendo que los dependientes continúen prestando servicios, siempre que tenga un cabal y oportuno conocimiento de los hechos, los que solo se verificaron con la conclusión de la investigación³⁰⁰. En similares términos se han pronunciado las Cortes de Apelaciones³⁰¹. De este modo, se ha estimado que el despido se materializó en un plazo razonable si tuvo lugar tan pronto como el empleador comprobó el actuar del trabajador, aún cuando los hechos sancionados han ocurrido mucho tiempo antes. Así ocurrió en un caso en que en julio del año 2003 el empleador obtuvo una declaración jurada notarial por parte del trabajador reconociendo su participación en hechos ocurridos en el año 2002, y optó en ese momento por hacer efectiva la terminación de la relación laboral, lo que se estima justificado, entendiéndose que necesitaba el empleador de pruebas concretas para esgrimir la **causal** de caducidad que le daba derecho a finalizar el contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna.³⁰²

La investigación interna debe iniciarse tan pronto se toma conocimiento de la posible comisión de una falta laboral, debiendo realizarse dentro de un plazo razonable, el que dependerá de la complejidad de los hechos investigados. La misma no puede prolongarse excesivamente en el tiempo ni tampoco en forma injustificada, pues de procederse de este modo se vulnera el principio de la inmediatez.

300 Sentencia de 6 de enero de 2004, Rol N°1.231 – 2003; sentencia de 29 de noviembre de 2005, Rol N° 3976 – 2003; sentencia de 1 de julio de 2010, Rol N° 1.627 – 2010, publicadas en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

301 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, 11 de marzo de 2010, Rol N° 101 – 2009, publicada en <http://www.microjuris.cl/Search> (identificador microjuris MJJ23171). En similares términos sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 17 de junio de 2013, Rol Reforma Laboral N° 51 – 2013, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

302 Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 29 de noviembre de 2005, Rol N° 4.100 – 2004, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

La materialización del despido disciplinario exige como carga para el empleador que lo comunique por escrito, debiendo señalar la causal legal en que se funda y los hechos que la configuran (artículo 162 del Código del Trabajo). Por tanto, es necesario, y muchas veces imprescindible, que deba investigarse un incumplimiento laboral del que se tiene sospecha, tomar conocimiento del mismo, más aún si se considera que el empleador tiene la carga de probar los hechos imputados en la carta de despido en un juicio de despido injustificado (artículo 454 N° 1 del Código del Trabajo). Es por ello que resulta acertado lo concluido por nuestros Tribunales de Justicia cuando sostienen que el actuar del empleador es conforme con la prudencia si solo cuando tiene certeza de la participación del trabajador en las irregularidades que perjudicaron a su empresa procede a su despido, no pudiendo sostenerse la existencia de la figura del perdón de la causal en estos casos debido a que la misma exige como premisa esencial el conocimiento cabal y oportuno de la participación del dependiente en los hechos cuestionados, conocimiento que muchas veces no se logra de inmediato por causas imputables directa y personalmente al trabajador infractor.³⁰³

Otra cuestión directamente relacionada con la anterior es la relativa a qué órgano de la empresa debe alcanzar el conocimiento del incumplimiento laboral para que empiece a correr el plazo razonable, lo que es particularmente relevante en empresas con una estructura organizacional compleja. Al ser el empleador el titular del poder disciplinario, es necesario que el conocimiento lo adquiera él mismo o quien lo represente y tenga facultades para sancionar, entendiéndose entre éstos los que detentan algunos de los cargos señalados en el artículo 4 inciso 1° del Código del Trabajo y las personas a quienes expresamente les confiere facultades disciplinarias. De este modo, en las empresas de gran envergadura organizativa, de compleja gestión, el plazo razonable se inicia no en el momento en que el entorno laboral del trabajador infractor conoce la falta laboral, sino en aquel en que el hecho llega a conocimiento de la dirección de la empresa, al órgano superior que tiene atribuidas las facultades de corrección disciplinaria, esto es, el órgano de la empresa dotado de facultades sancionadoras.³⁰⁴

303 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 11 de marzo de 2010, Rol N° 101 – 2009. En términos similares Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, 11 de marzo de 2010, Rol N° 101 – 2009, identificador microjuris MJJ23171. En similares términos sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 17 de junio de 2013, Rol Reforma Laboral N° 51 – 2013, publicadas en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].
304 POQUET CATALÁ, RAQUEL. *Ob. cit.*, págs. 249 – 250.

Por otro lado, es posible que una misma conducta del trabajador configure un delito y una falta laboral encuadrable en una causal de despido disciplinario revistiendo un carácter pluriofensivo, pudiendo simultáneamente solicitar una reacción de parte de las autoridades estatales competentes en materia penal, y adoptar una legítima reacción particular sobre el plano de la relación de trabajo, no siendo necesario esperar una condena penal firme, por ser infracciones laborales autónomamente sancionables por el empleador. Tal circunstancia excluye una relación de prejudicialidad entre el juicio penal y la acción disciplinaria por el mismo hecho³⁰⁵, reconociéndosele al empleador la posibilidad de reaccionar en términos de inmediatez, aplicando el despido disciplinario tan pronto conoce la falta laboral y su autor³⁰⁶. De este modo, no es necesario esperar la condena penal para recién materializar el despido disciplinario; ninguna causal del artículo 160 del Código del Trabajo lo exige para configurar esa circunstancia. De proceder de esa forma, el empleador vulnera el principio de la inmediatez.

5.3. Consecuencias jurídicas de la materialización extemporánea del despido disciplinario: Perdón de la causal.

La no materialización oportuna del despido disciplinario produce en el derecho comparado la renuncia tácita al ejercicio del poder disciplinario, constituyendo dicho límite temporal lo que la doctrina italiana ha denominado principio *della immediatezza*, en cuyo Ordenamiento Jurídico, según se indicó, tampoco existe un plazo perentorio para el ejercicio de la potestad sancionadora del empleador, pero en el que la inmediatez o tempestividad es una exigencia connatural a la *ratio* y función del poder disciplinario³⁰⁷. En efecto, quien tiene la facultad de imponer el despido disciplinario lo aplicará normalmente tan pronto como le sea posible, y de no hacerlo así, habrá renunciado a la posibilidad de aplicarlo³⁰⁸. Por lo mismo, de materializarse extemporáneamente el despido disciplinario, será declarado nulo y sin efecto por el órgano

305 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 2014, Rol Reforma Laboral N° 1926 – 2013, que resolvió: “5° [...] *cabere tener en cuenta que la responsabilidad laboral y la criminal son independientes por lo que lo decidido en un ámbito no significa, per se, que lo mismo debe resolverse en la otra sede o que la sustituya*”, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

306 MAINARDI, SANDRO. *Ob. cit.*, págs. 134 – 135.

307 BORTONE, ROBERTA. “Art. 7 (*Sanzioni Disciplinari*)”, en A.A.V.V. *Lo Statuto dei Lavoratori*. Commentari, a cura ddi Gino Giugni. Giuffré. Milano. 1979, págs. 66 – 67.

308 MANCINI, GIUSEPPE. *Ob. cit.*, pág. 233.

competente, de impugnarse por el trabajador el despido, lo que es más claro aún en legislaciones en que existen plazos perentorios para el ejercicio del poder disciplinario, como ocurre, según se indicó, con las normativas laborales española y francesa.

Ahora bien, tratándose del Ordenamiento Jurídico nacional, la natural consecuencia de la ausencia de reconocimiento normativo del principio de inmediatez es que no existe ninguna disposición que regule cuáles son las consecuencias jurídicas que derivan del despido disciplinario extemporáneo, no existiendo claridad sobre la suerte del mismo, más aún si se considera que existe una norma expresa, la contenida en el artículo 168 letra c) del Código del Trabajo, que declara expresamente que la aplicación indebida de alguna de las causales del artículo 160 del Código del Trabajo permite declarar injustificado el despido, dando lugar al pago de las indemnizaciones tarifadas que señala, pero que nada dice sobre la suerte del acto jurídico mismo del despido. En el mismo orden de ideas, tratándose de los juicios de desafuero laboral, no existe ninguna norma que señale cuál es la decisión que debe pronunciar el juez cuando se solicita extemporáneamente el desafuero. Por ello, es necesario precisar las consecuencias jurídicas que derivan de ambas situaciones.

Tratándose de los juicios de desafuero, la consecuencia natural de la interposición de una demanda extemporánea, solicitando al Juzgado de Letras del Trabajo competente autorización para despedir al trabajador que cometió un incumplimiento laboral, es que no se autorice el despido disciplinario rechazando la demanda de desafuero, debido a que el empleador no respetó uno de los límites del despido disciplinario, la inmediatez en la solicitud de autorización para imponer el despido, operando la extinción de la facultad de imponer el despido al haber renunciado el empleador a la posibilidad de aplicarlo mediante una manifestación de voluntad táctica. Es decir, la solicitud de desafuero extemporánea impide la configuración de la causal de despido disciplinario invocada, rechazando la demanda de desafuero; así se ha resuelto por nuestros Tribunales de Justicia³⁰⁹. De esta forma, el empleador,

309 Se ha resuelto: “durante un tiempo bastante extenso la empresa -más de dos años dice el recurso- toleró tal situación sin solicitar el desafuero y la sola circunstancia que le dejó de cancelar la remuneración durante dos meses no desvirtúa la autorización. En ese contexto probatorio es lógico concluir que no hay incumplimiento grave de las obligaciones del contrato e infracción a los artículos 7 del Código Laboral y 1545 del Código Civil como lo expresa el libelo” (sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, 16 de marzo de 2010, Rol N° 29 – 2010, publicada en <http://www.microjuris.cl/Search> [identificador micorjuris MJJ23133]). En similares términos sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 28 de agosto de 2018, Rol Reforma Laboral N° 220 – 2013, que sostiene: “Quinto: Que se advierte, por parte del empleador, una actitud de pasividad frente a las conductas en que incurrió la trabajadora que importan una causal de terminación del contrato de trabajo, específicamente, la del número 3°

una vez que tiene pleno conocimiento de los hechos en que funda la solicitud de desafuero, debe solicitar inmediatamente autorización al juez para despedir al trabajador; de lo contrario, opera el perdón de la causal. Pero no procede la misma si, autorizado el despido, transcurrido un prolongado lapso de tiempo entre los hechos fundantes del despido y la materialización del mismo, en la medida que se haya debido a la tramitación del juicio de desafuero, pues ello se debe a una circunstancia que no es imputable al empleador sino a la legislación laboral, que exige el inicio de un juicio de desafuero, tratándose de los trabajadores con fuero laboral, y a la tramitación del procedimiento mismo, cuya duración en el actual proceso laboral depende esencialmente de los Tribunales de Justicia, que son quienes tienen el impuso procesal de oficio (artículo 429 del Código del Trabajo).

En lo que dice relación con el despido disciplinario, que no precisa de autorización judicial por no gozar el trabajador infractor de fuero laboral, el empleador puede materializarlo unilateralmente cuando lo estime conveniente. Ahora bien, si no observa el principio de la inmediatez no se produce la nulidad del despido, no pudiendo los Tribunales de Justicia aplicar tal sanción al despido extemporáneo por no permitir la legislación laboral dicha posibilidad, sino una totalmente diversa. Es así que la única sanción que procede aplicar por la no observancia del principio de inmediatez es que, si el trabajador despedido impugna tal acto, el tribunal que conozca del juicio declarará injustificado el despido, ordenando el pago de la indemnización sustitutiva de aviso previo y la indemnización por años de servicio con un recargo del 80%, tal como lo señala expresamente el artículo 168 del Código del Trabajo. De esta forma, se puede observar que el despido conserva su eficacia, extinguiendo el contrato individual de trabajo, y solamente se condenará al empleador que no ha observado el principio de inmediatez al pago en favor del trabajador de la indemnización tarifada regulada en el Código del Trabajo, por operar el perdón de la causal.³¹⁰

del artículo 160 del Código Laboral; tal pasividad que se prolongó durante un lapso razonable, como son cerca de sesenta días, trae como consecuencia la ineficacia del despido por estimarse que ha operado el llamado “perdón de la causal”, por cuanto no accionó oportunamente solicitando el desafuero de la demandada, ocurriendo que, en la demanda incoada en estos antecedentes laborales, basa el despido en conductas pretéritas de la trabajadora. En consecuencia, se acogerá la excepción alegada por la demandada y se rechazará la solicitud de desafuero por cuanto las ausencias que ha presentado a sus funciones a contar del día 05 de octubre al 07 de diciembre de 2012, lapso cercano a la fecha de la demanda, están debidamente justificadas”. Igualmente sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, 26 de marzo de 2014, Rol Reforma Laboral N° 12 – 2014, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

310 THAYER, WILLIAM; NOVOA, PATRICIO. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo

La inmediatez rechaza todo acto intempestivo del ejercicio del poder disciplinario, no mirando la misma tanto la extinción de la responsabilidad disciplinaria sino el ejercicio mismo del poder disciplinario. Constituye, pues, una limitación temporal directa al ejercicio del poder disciplinario³¹¹; debido a que no está regulado en el derecho nacional, deben aplicarlo los jueces, atendiendo las circunstancias del caso.

La jurisprudencia judicial en reiteradas oportunidades ha declarado injustificado el despido producto de un despido disciplinario extemporáneo, al operar el perdón de la causal. Se ha declarado injustificado el despido por haberse materializado dos meses después de conocidos por el empleador los hechos en que se fundó, por haberse extinguido el contrato de trabajo tardíamente³¹². Igualmente, se ha resuelto que es injustificado el despido, puesto que si bien incurrió el trabajador en un incumplimiento grave del contrato de trabajo, al no usar el sistema computacional de manejo de bodega entregado por su empleador -lo que derivó en la pérdida de cuantioso material-, la empresa invocó la causal de despido meses después de que ocurrieran los hechos, produciéndose lo que se denomina “perdón de la causal”³¹³. En similares términos, se ha concluido que corresponde declarar que el despido del trabajador por parte de la empresa demandada ha sido injustificado toda vez que, aún cuando aquél haya cometido una presunta irregularidad en el desempeño de sus funciones -en el caso, ofreció a una cliente de la empresa demandada servicios adicionales a los pactados, con el compromiso de pagarlos él mismo, estando ello prohibido por imperio del contrato de trabajo que los vincula-, no puede considerarse dicha situación como causal de despido, puesto que al haber transcurrido un lapso de cuatro meses entre la fecha del despido y la fecha de comisión de dichas irregularidades, cabe presumir que la parte demandada ha perdonado dicha causal.³¹⁴

IV: Quinta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2010, págs. 33 – 34.

311 Gil y Gil, José Luis. *Ob. cit.*, pág. 152.

312 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de abril de 2009, Rol N° 456 – 2008, publicada en <http://www.microjuris.cl/Search> (identificador microjuris MJJ19932).

313 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, 30 de septiembre de 2010, Rol N° 50 – 2010, publicada en <http://www.microjuris.cl/Search> (identificador microjuris MJJ25028).

314 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de junio de 2009, Rol N° 237 – 2009, publicada en <http://www.microjuris.cl/Search> (identificador microjuris MJJ20431). Igualmente aplican el perdón de la causal para declarar injustificado el despido: sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de abril de 2012, Rol Reforma Laboral N° 1809 – 2010; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de mayo de 2012, Rol Reforma Laboral N° 1188 – 2011; sentencia de

De acuerdo a lo expuesto, el perdón de la causal es “la prerrogativa del empleador en orden a no poner término a la relación laboral cuando el trabajador ha incurrido en una causal que justifica su despido”³¹⁵. Para su configuración se requiere como premisa esencial que el empleador tenga cabal y oportuno conocimiento de la participación que el dependiente tuvo en los hechos cuestionados, permitiendo al trabajador continuar prestando servicios luego de ese conocimiento. Además, en el procedimiento judicial, primeramente debe establecerse la concurrencia de los hechos constitutivos de las causales justificantes del despido, para posteriormente proceder a determinar la procedencia del perdón de la causal³¹⁶. De este modo, la manifestación de la voluntad del empleador, en orden a renunciar a su facultad de despedir al trabajador infractor, se expresa habitualmente a través del silencio, que si se extiende a lo largo de un período extenso de tiempo se interpreta como perdón de la causal cuando ha sido acompañado por el conocimiento cabal del incumplimiento laboral.

Debe tenerse presente que al operar el principio de la inmediatez sobre una materia disponible para las partes de la relación laboral, su contravención debe ser denunciada³¹⁷ por parte del trabajador afectado. Esto se realiza, tratándose del despido extemporáneo, mediante la invocación del perdón de la causal a través de una alegación efectuada en la demanda, la cual persigue que se declare injustificado el despido por haberse materializado extemporáneamente. En lo que se refiere a los juicios de desafuero, deberá alegarse el perdón de la causal en la contestación de demanda mediante una excepción perentoria, al perseguir enervar la acción de desafuero. De invocarse el perdón de la causal en alguna de las formas señaladas, el juez del fondo deberá pronunciarse sobre la misma en la sentencia definitiva, tal como lo

la Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de septiembre de 2012, Rol Reforma Laboral N° 2.020 – 2011; sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 6 de agosto de 2013, Rol Reforma Laboral N° 243 – 2013; sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 12 de diciembre de 2013, Rol Reforma Laboral N° 101 – 2013; sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, 17 de abril de 2014, Rol Reforma Laboral N° 262 – 2014, publicadas en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

315 Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 29 de noviembre de 2005, Rol N° 4.100 – 2004, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

316 Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 29 de noviembre de 2005, Rol N° 4.100 – 2004; sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, 26 de marzo de 2014, Rol Reforma Laboral N° 12 – 2014, publicadas en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

317 GILY GIL, JOSÉ LUIS. *Ob. cit.*, pág. 153.

ordena el artículo 459 N° 6 del Código del Trabajo, so pena de incurrir la sentencia definitiva en el motivo de nulidad del artículo 478 letra e) del Código del ramo, por no resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, que provocaría su nulidad de interponerse un recurso de nulidad invocando el vicio antes indicado³¹⁸. Por el contrario, si el trabajador no alega el ejercicio extemporáneo del poder disciplinario, el juez no puede determinar si se materializó oportunamente el despido disciplinario, no pudiendo declararlo justificado o injustificado por la observancia o la inobservancia del principio de la inmediatez. Lo mismo ocurre en los juicios de desafuero, no pudiendo entrar a analizar la correcta aplicación del principio de la inmediatez³¹⁹. De hacerlo la sentencia definitiva, declarando injustificado el despido o rechazando la demanda de desafuero, según corresponda, por concurrir el perdón de la causal, adolece del vicio *ultra petita*, lo que permite al empleador interponer contra la misma recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 478 letra e) del Código del Trabajo, debiéndose declarar la nulidad de la sentencia definitiva recurrida y dictarse sentencia de reemplazo que declare justificado el despido o acoja la demanda de desafuero en la medida que se configure la causal de despido disciplinario respectiva.

6. CONCLUSIONES

El despido disciplinario es una de las sanciones que puede imponer el empleador a sus trabajadores dependientes que incurren en faltas laborales que se encuadran en alguna de las causales del artículo 160 del Código del Trabajo en virtud del ejercicio del poder disciplinario. Sin embargo, el despido disciplinario se encuentra sujeto a numerosos límites.

Entre los límites del despido disciplinario los principios de proporcionalidad, *non bis in idem* y de inmediatez, los que si bien no están consagrados como exigencias del despido disciplinario en normas legales en forma

318 En este sentido sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 28 de agosto de 2018, Rol Reforma Laboral N° 220 – 2013, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

319 En este sentido sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de mayo de 2014, Rol Reforma Laboral N° 59 – 2014, publicada en <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do> [consultada el 20 de julio de 2014].

general, emanan del sistema jurídico. Los mismos deben ser observados al momento de determinar la aplicación y posterior materialización del despido disciplinario en forma imperativa. De no ser observados e igualmente materializar el despido disciplinario, los Tribunales de Justicia declararán injustificado el despido, condenando al empleador infractor al pago de la indemnización por años de servicio con un recargo del 80% e indemnización sustitutiva de aviso previo, salvo que en el contrato de trabajo o en un instrumento colectivo se haya establecido una indemnización mayor para los supuestos de despido injustificado, en cuyo caso se aplicará esta última.

Tratándose de las demandas de desafuero fundadas en una o más causales del artículo 160 del Código del Trabajo, el empleador deberá observar los principios de proporcionalidad, *non bis in ídem* y de inmediatez, de lo contrario será rechazada la demanda, no pudiendo despedir válidamente a los trabajadores con fuero laboral.

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DESPIDO (*AT-WILL EMPLOYMENT*) EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Carlos Hernández Contreras ³²⁰

SUMARIO

1. Introducción. 2. Las raíces del derecho del despido estadounidense. 3. Evolución y consolidación del despido libre estadounidense. 4. Cuestionamiento del despido libre estadounidense. 5. Clasificación del despido en los Estados Unidos.

1. INTRODUCCIÓN

Por lo general, cuando se habla de Derecho Comparado entre los juslaboralistas de América Latina existe una tendencia a circunscribirse a los países de la región sumando a España y Portugal, ocasionalmente añadiendo a Francia e Italia, y muy excepcionalmente a Alemania. Eso se debe a razones obvias: somos países con las mismas raíces históricas; nuestros sistemas legales son del mismo tipo o pertenecen al mismo

320 Abogado de la República Dominicana, en la firma *Hernández Contreras & Herrera* (www.hernandezcontreras.do); ex profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica Santo Domingo (1993-1997); ex profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, PUCMM (1997 y 2005); Presidente de la Asociación Dominicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2010-2013); Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2006-2009); Arbitro para solución de conflictos para el Capítulo 16 (Laboral) del Tratado de libre comercio DR-CAFTA (desde 2010). Formación académica: Licenciado en Derecho de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña, UNPHU (1990); Magister en Sistemas de Gestión de la Seguridad Social, de la Universidad de Alcalá/OISS (2004); Magister en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (*Droit Social*) de la Universidad Paris 1 – Panteón-Sorbona (2005); Doctor en Derecho de la Universidad Paris 1 – Panteón-Sorbona (2010).

grupo, *civil law*;³²¹ y estamos todos en la misma zona geográfica. Raras veces abordamos el Derecho Comparado incluyendo a los Estados Unidos o analizando a otros países del *common law*.³²²

Una notoria excepción –entre otras– lo ha sido Francisco Walker Errázuriz, con su valiosísimo opúsculo *La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado*.³²³ Y precisamente, debido a esa escasa dedicación al estudio comparativo entre el Derecho Laboral de los Estados Unidos y el Derecho del Trabajo Latinoamericano, y por otra parte, debido a que este estudio se ofrece en homenaje al profesor Walker Errázuriz sobre el tema general “La terminación del contrato de trabajo”, participamos en este merecido reconocimiento al profesor Walker ofreciendo una visión general acerca del *Origen y evolución del despido (at-will employment) en los Estados Unidos*.

El presente ensayo ofrece una cronología del llamado *at-will employment*,³²⁴ institución jurídica icónica del Derecho Laboral estadounidense que: (I) permitirá al jurista latinoamericano conocer las raíces del derecho del despido estadounidense, las cuales se remontan

321 Los países de América Latina, al ser colonias de España o Portugal, “heredaron” el sistema legal conocido como *civil law*: El Derecho continental europeo, o simplemente Derecho continental (en ocasiones denominado Derecho romanista o Derecho romano-germánico) es el sistema jurídico derivado de aquél aplicado en Europa continental, cuyas raíces se encuentran en los derechos romano, germano y canónico, y que es utilizado en gran parte de los territorios europeos y en aquellos colonizados por éstos a lo largo de su historia. Se suele caracterizar porque su principal fuente es la ley, antes que la jurisprudencia, y porque sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados (llamados “códigos”). El nombre de *Derecho continental* proviene de la separación geográfica entre las Islas Británicas –de donde proviene el *common law*– y el resto del continente europeo. En los países angloparlantes se denomina a este sistema *Civil law*, que será el término que emplearemos en lo adelante en este estudio.

322 Los EE.UU. “heredaron” de la época en que fueron colonia inglesa el sistema legal conocido como *common law* (en ocasiones denominado derecho anglosajón, derecho anglo-americano o derecho inglés) vigente en Inglaterra desde la Edad Media, y utilizado en los países otrora colonia británica. Se caracteriza por basarse más en la jurisprudencia que en las leyes, en oposición al *civil law*.

323 WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO. *La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado*. Oficina Internacional del Trabajo. Santiago (Chile), 2003. Fuente: <https://quepasaenchile.files.wordpress.com/2011/08/legislacion-laboral-comparada.pdf>, sitio de internet consultado por última vez el 30 de enero del 2015

324 *At will employment / At-will doctrine / at-will rule / employment at-will*: Significa “contrato de trabajo a voluntad” o “empleo a voluntad”, pero según el contexto podría significar “despido a voluntad.” También podría ser “despido libre” o despido *ad nutum*. En francés equivale al “contrat à durée indéterminée de “gré à gré

a la Inglaterra del medioevo; (II) ver de qué manera ha evolucionado y se ha consolidado el *despido libre* en ese país, a un punto que sus características no están presentes en el régimen del despido de ningún otro; y (III) constatar cómo durante las décadas más recientes el *at-will* ha ido perdiendo terreno frente a las llamadas *civil rights statutes laws* y ante una innovadora jurisprudencia, consolidándose así el *employment law* y haciéndolo mucho más similar al Derecho del Trabajo como lo conocemos en América Latina y los países del *civil law*.³²⁵

Complementariamente, en tres recuadros distintos se ofrecen: 1) notas aclaratorias relativas al tratamiento diferenciado entre el *labor law* y el *employment law* en los países del *common law*; y 2) una clasificación de las modalidades de despido en Estados Unidos.

2. LAS RAÍCES DEL DERECHO DEL DESPIDO ESTADOUNIDENSE

2.1. *La época del master and servant law en Estados Unidos.*

La evolución del derecho del despido en el *civil law* ha sido distinta a la que ha tenido en el *common law* de los Estados Unidos. No obstante, en cuanto a la evolución de la reglamentación de las relaciones de trabajo, se aprecian ciertas similitudes.

En los países del *civil law* el régimen contractual de los códigos civiles constituyó la primera fuente reguladora de las relaciones obrero-patronales. Los países de América Latina adoptaron códigos civiles bajo el modelo o influencia del Código Civil Napoleónico, y por ende, el denominado *contrato de arrendamiento de servicios* pasó a hacer las veces de contrato de trabajo; como es sabido, en aquella época ese contrato civil se inspiraba en los principios de la libertad contractual e igualdad de las partes. En esas condiciones los empleadores podían ponerle término al contrato “a voluntad” sin ningún tipo de cortapisas.

Por su parte, en Estados Unidos, durante todo el siglo XIX y gran

³²⁵ Aclaraciones sobre las citas de jurisprudencias estadounidenses: Por ejemplo, la cita “Caso *Stone v. Mission Bay Mortgage Co.*, 1983, Corte Suprema de Nevada, *The Pacific Reporter*, (Ed. *West Publishing Co.*). Vol. 672, Pág. 630” significa: Sentencia de la Corte Suprema del estado de Nevada, con motivo del caso *Stone versus Mission Bay Mortgage Co.*, del año 1983, publicada en *The Pacific Reporter*, volumen 672, página 630, bajo la edición de *West Publishing Co.*

parte del siglo XX, a lo que hoy se conoce como *employment law* (Derecho individual de trabajo) se le denominaba *master and servant law*, que literalmente significa “derecho del sirviente y señor”. “Durante el siglo XIX la clase trabajadora se resistía a los términos ‘señor’ y ‘sirviente’ a favor del término francés ‘empleado’, pero en el mundo de los tratados legales, la terminología de ‘master-servant’ persistió”.³²⁶

En aquella época, cuando los abogados y jueces no tenían tanto acceso a la jurisprudencia, sino que se guiaban por los *treatises* (tratados) y *commentaries* (comentarios) de autores distinguidos, la obra *Commentaries on the Laws of England*, de William Blackstone (1765), ejerció una marcada influencia –tanto en EE.UU. como en Inglaterra– en la concepción legal de las relaciones de trabajo. “Blackstone incluía a *master-and-servant*, marido y mujer, y padre e hijo como relaciones paralelas bajo el *Law of Persons* (Derecho de las personas) como las tres grandes relaciones en la vida privada. Otros tratados sobre ‘Master and Servant’ o sobre ‘Domestic Relations’, tomaron su estructura básica a partir de Blackstone”.³²⁷

Contrario a los Estados Unidos, los países del *civil law* abandonaron el *laissez faire* del arrendamiento de servicios, exigiendo una justa causa (*just cause*) para poder ejercer el despido, o en cambio, imponiendo una indemnización por despido.³²⁸

En los Estados Unidos, curiosamente la norma inglesa que heredaron del *common law* inglés devino en más protectora que la norma posteriormente llamada “regla americana”, y admitida por el *common law* de EE.UU. a partir de 1877.

Mientras la llamada “regla inglesa” establecía que un trabajador no podía ser privado de su empleo sino después de haber transcurrido un año de servicios, los tribunales estadounidenses denegaron esa doctrina, acogiendo la nueva doctrina del *at-will employment* (contratación a voluntad o despido “a voluntad”) propulsada por el tratadista Horace Wood, a la que rápidamente denominaron la “regla americana”. De acuerdo a la doctrina de Wood³²⁹, el contrato de trabajo podía terminar en cualquier momento “a voluntad” de cualquiera de las partes. Esta doctrina se ha mantenido hasta el día de hoy en Estados Unidos, aunque

326 ROTHSTEIN, Mark A., CRAVER, Charles B., SCHOROEDER, Elinor P., SHOBEN, Eleaine W., y VANDER VELDE, Lea S. *Employment Law*. Pág. 1, West Publishing Co. St. Paul, MINN. (Estados Unidos), 1994.

327 ROTHSTEIN, Mark A., y otros. *Obra citada precedentemente*. Pág. 4.

328 Excepcionalmente, en Montana, Estado de EE.UU. y en Puerto Rico, Estado Libre Asociado de EE.UU., el despido sólo puede ejercerse por “justa causa.”

329 En 1877 Horace WOOD, en su célebre obra *A treatise on the law of master and servant* (Ed. John D. Parsons, jr., Publishers, Albany-New York, EE.UU.) expone la teoría del *at-will employment*, y desde entonces la misma ha sido adoptada por la jurisprudencia.

a partir de la segunda mitad del siglo XX los tribunales estadounidenses han ido admitiendo una serie de excepciones que limitan el *at-will rule*.

Labor law y *employment law* se tratan separadamente.

Los juristas del *civil law* están acostumbrados a abordar la legislación laboral en conjunto, tanto las relaciones colectivas como las relaciones individuales de trabajo, y eso es así a pesar de que en gran parte de América Latina el Derecho colectivo de trabajo ha quedado rezagado respecto al desarrollo tenido por el Derecho individual de trabajo; sin embargo, en EE.UU. la separación entre el *labor law* y el *employment law* es más marcada. Se encuentran obras de la doctrina dedicadas exclusivamente al derecho colectivo del trabajo, tales como *Labor Law in a Nutshell*, de Douglas L. Leslie, y *Labor Law*, de Nicolás Falcone (como si el *employment law* no existiera o como si fuese un mundo aparte), y por otro lado aparecen obras que solo abordan el derecho individual de trabajo, tal como el *Employment Law* de Mark A. Rothstein. En cambio, la doctrina latinoamericana y europeo-continental suele siempre tratar al Derecho del Trabajo como una disciplina única.

se mismo hecho se desprende que en Estados Unidos, al que realmente se considera Derecho del Trabajo es al *labor law*.³³⁰ El *employment law* ha sido tradicionalmente visto como una parte –aunque con sus particularismos, pero siempre una parte– del *business law*. Es tanto así, que mientras al *labor law* se le creó un ley propia (la *National Labor Relations Act* de 1935) con una jurisdicción especializada (la *National Labor Relations Board*, NLRB), al *employment law* le han ido aplicando las reglas y principios generales derivados del *contract law* y bajo la tutela de los tribunales civiles. Aparentemente, y durante los últimos veinte años, esta situación está en proceso de cambiar hacia una aproximación de las relaciones de trabajo individuales y colectivas, a semejanza de los países bajo el sistema de *civil law*.

2.2. El despido bajo el régimen de la “regla inglesa”.

Hasta finales del siglo XIX el derecho del despido en los Estados Unidos estuvo regido por la llamada “regla inglesa”, según la cual todo

³³⁰ “A penas treinta años atrás no existía tal cosa como *employment law*. En general, los abogados cuya práctica involucraba asuntos relacionados al trabajo se concentraban en el derecho de los sindicatos y la negociación colectiva.” (ROTHSTEIN, Mark A., CRAVER, Charles B., SCHROEDER, Elionor P., SHOBEN, Elaine W. y VANDER VELDE, Lea S. *Employment Law*, Pág. V, Prefacio. West Publishing Co. St. Paul, MN, EE.UU, 1994).

contrato de trabajo se presume con una vigencia de al menos un año, no siendo válida la terminación del contrato antes del vencimiento de ese año. Esta doctrina deriva del capítulo I de la *Statute of Labourers* (Ley de los trabajadores del campo), emitida en el año 1349 por Eduardo III, Rey de Inglaterra³³¹, y de la sección III de la segunda *Statute of Labourers*, dada el quinto año del reinado de Isabel I, Reina de Inglaterra. En esta última ley se establecía que “cualquier persona será retenida, contratada o tomada para servir [...] por no menos tiempo o término que un año completo”.³³² Se trata de una unidad de tiempo basada en las estaciones agrícolas de crecimiento de siembra y cosecha, las cuales por lo general tienen un ciclo anual.³³³

La doctrina —específicamente Sir Edward Coke—, basándose en las *Statutes of Labourers*, planteó que “si un hombre retiene generalmente a un trabajador sin indicar ningún plazo, el Derecho considera que lo ha sido por un año”.³³⁴

Lo dicho por Sir Edward Coke fue posteriormente acogido por la jurisprudencia inglesa del siglo XVIII, en el caso *The King v. the Inhabitants of St. Peter's in Dorchester, 1763*, sosteniéndose que: “Verdaderamente una contratación general e indefinida crea la presunción de contratación por un año”.³³⁵

Blackstone, en sus famosos e influyentes *Commentaires on the Laws of England* (Pág. 413 del capítulo 14, “*Of master and servant*”, del Libro I, “*Of the rights of persons*”), 1º Ed., *the Clarendon Press, Oxford, 1765*,³³⁶ afirmó: “Si la contratación es general sin fijar ningún plazo concreto, el Derecho considera que es contratación por un año; de acuerdo con un principio de equidad natural, según el cual el *servant* servirá, y el *master* lo mantendrá, a lo largo de todos los cambios de las respectivas estaciones; tanto si hay trabajo que hacer como si no lo hay”. De este modo, el *common law* estadounidense acogió y aplicó la “regla inglesa” hasta finales

331 PICKERING, *The Statutes at large, from the Fifteenth year of King Edward III to the Thirteenth year of King Henry IV, inclusive*. Impreso por J. Bentham, Cambridge, 1762.

332 PICKERING, *The Statutes at large, from the Fifth year of Queen Mary to the Thirty-fifth year of Queen Elizabeth*, inclusive. Impreso por J. Bentham, Cambridge, 1763.

333 ROTHSTEIN, Mark A., CRAVER, Charles B., SCHOROEDER, Elinor P., SHOBEN, Elaine W., y VANDER VELDE, Lea S. *Employment Law*. Pág. 5, West Publishing Co. St. Paul, MINN. (Estados Unidos), 1994.

334 Cita tomada de Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *El Despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Pág. 129, Editorial Civitas, S. A., Madrid (España), 1º Ed. 1988.

335 DUNFORD E EAST, *Reports of cases argued and determined in the Court of King's Bench*, Vol. 5, Pág. 506. Impreso por P. Byrne, Philadelphia, 1811.

336 PICKERING, *The Statutes at large, from the Fifteenth year of King Edward III to the Thirteenth year of King Henry IV, inclusive*. Impreso por J. Bentham, Cambridge, 1762.

del siglo XIX, en que surge y se consagra el *at-will rule*, llamada en esa época la “regla americana”.³³⁷

3. EVOLUCIÓN Y CONSOLIDACION DEL DESPIDO LIBRE ESTADOUNIDENSE

3.1. Aparición y ascenso de la doctrina de la “regla americana”.

“La regla *at-will* aparece en el Estado Lousiana, temprano en 1808. [...] Sin embargo nadie sabe realmente la fecha exacta de su origen. Lousiana se convirtió en territorio de EE.UU. en 1804. Dado que el *common law* usualmente refleja costumbres, parece que colonos llevaron la doctrina a Louisiana desde un lugar en donde ya existía.”³³⁸

A mediados del siglo XIX, los tribunales estadounidenses comenzaron a enjuiciar demandas que exigían un pronunciamiento sobre la contratación a voluntad (*hiring at will*) en la contratación laboral por tiempo indefinida. Algunos tribunales comenzaron a rechazar la llamada “regla inglesa”, que presumía la contratación laboral por al menos un año, y propugnaron la llamada “regla americana”, que propugnaba por el despido libre o la “contratación a voluntad” (*hiring at will*). Así, en el año 1833, la Corte Suprema del Estado de Connecticut declaró que “el empleador posee, en cualquier momento, el poder de despedir a su empleado”.³³⁹ Luego, en 1851, en el caso *Blaisdell v. Lewis*, el Juez Wells rechazó la “regla inglesa” –quizá por primera vez de manera expresa– diciendo que “nada había que impidiese al demandado despedir [...] al final de cada día”, pues el contrato de trabajo en cuestión “no fijó tiempo durante el cual los servicios del [trabajador] debían ser prestados”.³⁴⁰

Durante las siguientes dos décadas los tribunales estadounidenses se debatieron entre el rechazo y el reconocimiento a la “regla inglesa”. En 1857, en el caso *Davis v. Gorton*, el Juez Johnson juzgó que “debe ser tomada como contratación por un año una contratación indefinida”,³⁴¹ y

337 Caso *Parnar v. Americana Hotels Inc.*, Corte Suprema de Hawaii, Federal Reporter, Second Series (Ed. West Publishing Co.), Vol. 654, Pág. 628.

338 SOLOMON, Glenn. *You could be fired for reading this book: Protect your employment rights*, Berrett-Publishers, Inc., Berkeley CA (Estados Unidos), 2004.

339 Caso *Champion v. Hartshorne*, 1833. Connecticut reports: Cases argued and determined in the Supreme Court of Errors of the State of Connecticut, Vol. 9, Págs. 564-573.

340 Caso *Blaisdell v. Lewis*, 1851. Reports of cases argued and determined in the Supreme Court of Maine, Vol. 32, Pág. 515.

341 Caso *Davis, Gorton*, 1857. Reports of cases decide in the Court of Appeals of New

en 1860 fue nuevamente aplicada dicha “regla inglesa”.³⁴² Pero dos años después la “regla inglesa” es rechazada en el caso *Pfund v. Zimmerman*, 1862,³⁴³ y nuevamente rechazada en el caso *Coffin v. Ladis*, 1863, en que el Juez Hare declaró: “es idéntico el argumento para sostener que [...] se obligaron [...] por un año que para sostener que lo fue por dos o tres años o por seis meses”.³⁴⁴ En 1876, en el caso *Kansas Pacific Railway Co. V. Roberson*, el Juez Hallett manifestó que “con la regla inglesa [...] no hemos encontrado ningún caso americano reconociéndola, y pensamos que no ha sido adoptada en este país”.³⁴⁵

La disyuntiva se zanjó en 1877 con la publicación de una importante monografía, conocida como el Tratado de Wood sobre derecho de la relación *master and servant*³⁴⁶, que rompió resueltamente con la tradición jurídica inglesa, diciendo: “Entre nosotros [los americanos] es inflexible la regla de que una contratación general o indefinida es [...] terminable a voluntad de ambas partes, sin distinción a este respecto entre domésticos³⁴⁷ y otros trabajadores”.

A esta tesis de Wood la jurisprudencia la llamó la “regla americana”³⁴⁸, y fue asimilada inmediatamente por los tribunales de distintos Estados. En Missouri, con el caso *Buogher v. Maryland Life Insurance Co.*, 1880;³⁴⁹ en Tennessee, con el caso *Payne v. Railroad Co.*, 1884;³⁵⁰ y en Illinois, con

York, Vol. 16, Pág. 255.

342 Caso *Hobbs v. Davis*, 1860, Georgia Reports: Cases decided in the Supreme Court of the State of Georgia, Vol. 30, Pág. 423.

343 Caso *Pfund v. Zimmerman*, 1862. Reports of cases argued and determined in the Supreme Court of of the State of Illinois, Vol. 30, Pág. 269.

344 Caso *Coffin v. Ladis*, 1863. Reports of cases decided in the judicial district of Philadelphia, Vol. 5, Pág. 176.

345 Caso *Pacific Railway Co. V. Roberson*, 1876. Reports of cases argued and determined in the Supreme Court of the State of Colorado, Vol. 3, Pág. 142.

346 WOOD, Horace Gay. *A treatise on the law of master and servant*, Ed. John D. Parsons, jr., Publishers, Albany-New York (Estados Unidos), 1877.

347 Su referencia a los domésticos se explica porque en Inglaterra se había consolidado la tesis de que “en el servicio doméstico es doctrina común que dicho contrato puede disolverse mediante preaviso razonable, como el de un mes, o con el pago de un mes de salarios” (caso *Beeston v. Gollyer*, 1827, Corte de Pleitos Comunes, The English Reports, Vol. 130. William Green & Sons, Edinburgh, 1912, Pág. 788. Cita tomada de Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *El Despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Pág. 129, Editorial Civitas, S.A., Madrid (España), 1º Ed. 1988.

348 Caso *Parnar v. Americana Hotels Inc.*, Corte Suprema de Hawaii, Federal Reporter, Second Series (Ed. West Publishing Co.), Vol. 654, Pág. 628.

349 Caso *Buogher v. Maryland Life Insurance Co.*, 1880. Reports of cases argued and determined in the Supreme Court of Tennessee, Vol. 81, Pág. 520.

350 Caso *Payne v. Railroad Co.*, 1884. Reports of cases argued and determined in the Supreme Court of Tennessee, Vol. 81, Pág. 520.

el caso *Morns, Tasker & Co. V. Agnew, 1894*.³⁵¹

3.2. Consolidación del *at-will employment*.

La “regla americana” se consolidó con la decisión de la Corte Suprema del Estado de Nueva York —el más influyente de la época—³⁵² en el caso *Martin v. New York Life Insurance Co., 1895*.³⁵³ En ocasión de este caso, el Juez Barlett declaró que “aunque las decisiones de los tribunales [...] sobre este punto no han sido uniformes, [...] la regla establecida por Mr. Wood es correcta”.³⁵⁴

Luego, en 1898, la Suprema Corte de EE.UU. consagró por primera vez la doctrina de que las Enmiendas 5° y 14° de la Constitución Federal protegen, entre otras cosas, la “*freedom of contract*”,³⁵⁵ y en 1908, en el caso *Adair v. United States*,³⁵⁶ la Suprema Corte de EE.UU. declaró que el *at-will employment* es un derecho constitucionalmente protegido por la 5° Enmienda de la Constitución Federal,³⁵⁷ la cual garantiza la libertad de contratación laboral frente a cualquier persona.

En 1914, con el caso *Coppage v. Kansas*,³⁵⁸ el *at-will employment* es declarado nuevamente un derecho constitucionalmente protegido, esta vez con base en la 14° Enmienda de la Constitución Federal³⁵⁹, consagrándose el “derecho constitucional del empresario a despedir al trabajador” frente a eventuales intromisiones de las leyes federales.

351 Caso *Morns, Tasker & Co. V. Agnew, 1894*. Reports of cases determined in the Supreme Court of Illinois, Vol. 57, Pág. 232.

352 FEINMAN, *The development of the at will employment rule*, The American Journal of Legal History, Pág. 126, Vol. XX, No. 2, 1976

353 Caso *Martin v. New York Life Insurance Co., 1895*, Reports of cases decided in the Court of Appeals of New York, Vol. 148, Pág. 117.

354 No obstante, la nueva regla había sido rechazada en el Estado de Nueva York con el caso *Adams v. Fitzpatrick et al., 1891*, en donde el Juez RUGER declaró que “el contrato en este caso era equivalente a una contratación general, lo cual significa de año en año.” (Reports of cases decided in the Court of Appeals of New York, Vol. 125, Pág. 127)

355 Caso *United States v. Joint Traffic Association, 1898*. The Supreme Court Reporter, Cases argued and determined in the Supreme Court of the United States (Ed. West Publishing Co.), Vol. 19, Págs. 25-35.

356 Caso *Adair v. United States, 1908*. The Supreme Court Reporter, Cases argued and determined in the Supreme Court of the United States (Ed. West Publishing Co.), Vol. 28, Págs. 277-287.

357 Dicha enmienda declara: “*no person shall be... deprived of life, liberty, or property, without due process of law*”

358 Caso *Coppage v. Kansas*. The Supreme Court Reporter, Cases argued and determined in the Supreme Court of the United States (Ed. West Publishing Co.), Vol. 35, Págs. 240-254.

359 Dicha enmienda declara: “*no State shall... deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*”

La doctrina del despido “a voluntad” quedó incuestionablemente aceptada, siendo la decisión más emblemática aquella establecida en el caso *Payne v. Railroad Co.*, 1884 que dice: “El hombre debe ser dejado sin ninguna interferencia para [...] despedir o retener empleados a voluntad, por justa causa o sin causa, o incluso por causa injusta, sin que por ello sea culpable de un acto ilícito”.³⁶⁰ La acogida de regla del *at will* se explica, en parte, por las circunstancias de la época, del mismo modo como se explican las posteriores limitaciones al mismo *at will* a partir de la crisis económica de 1929.

El ambiente en que se adoptó la regla era el de una sociedad industrial emergente; era la época en que Estados Unidos se expandía hacia el Oeste. Así lo reconoció el Juez Ingersoll³⁶¹ refiriéndose al despido “a voluntad”. “Esto asegura la libertad industrial”, indicó, concluyendo que “las compañías de ferrocarriles [...] pueden despedir a voluntad a sus trabajadores, sean pocos o muchos.” De igual modo lo planteó el Juez St. Paul,³⁶² diciendo: “nunca se presume que un trabajador compromete permanentemente sus servicios privándose por ello de toda posibilidad de mejorar su condición; verdaderamente, en esta tierra de oportunidades sería contrario al orden público y al espíritu de nuestras instituciones que un trabajador se dañase a sí mismo de ese modo”. De ese modo, la doctrina de la contratación a voluntad (*hiring at will*) se expandió y todavía se aplica en todos los Estados y territorios de EE. UU., a excepción de los estados de Montana y Puerto Rico.³⁶³

360 Caso *Payne v. Railroad Co.*, 1884. Reports of cases argued and determined in the Supreme Court of Tennessee, Vol. 81, Pág. 520: “Men must be left without interference to buy and sell where they please, and to discharge or retain employees at will for good cause or for no cause, or even for bad cause without thereby being guilty of an unlawful act per se”

361 Caso *Payne v. Railroad Co.*, 1884. Reports of cases argued and determined in the Supreme Court of Tennessee, Vol. 81, Pág. 507

362 Caso *Pitcher v. United Oil & Gas Syndicate, Inc.*, 1932. Corte Suprema de Luisiana, The Southern Reporter (Ed. West Publishing Co.), Vol. 139, Pág. 760

363 En el Estado de Montana, el despido sólo puede ejercerse por justa causa, conforme a la *Montana Wrongful Discharge From Employment Act* de 1987. En Puerto Rico, Estado Libre Asociado de EE.UU., la Ley 43 del 28 de abril de 1930 (sustituída por la Ley 50 del 15 de abril de 1949, a su vez sustituida por la Ley 80 del 30 de mayo de 1976) define los motivos que pueden dar lugar al despido por justa causa y prohíben los despidos efectuados por otras razones.

4. CUESTIONAMIENTO DEL DESPIDO LIBRE ESTADOUNIDENSE

4.1. La erosión del *at-will doctrine* durante el siglo XX.

“Durante la primera mitad del siglo XX el *employment at will rule* se había mantenido virtualmente incuestionado; sin embargo, dos acontecimientos tuvieron una indudable influencia en el posterior curso del *employment law* [de Estados Unidos]. Primero, el reconocimiento legal de los sindicatos por la *National Labor Relations Act* de 1935 significó que los empleados podían negociar colectivamente su *job security* (estabilidad laboral). Como resultado de los convenios colectivos de trabajo, un porcentaje sustancial de la fuerza de trabajo se convirtió en sujetos de despido solo por ‘justa causa’ [...]. Segundo, el surgimiento de las leyes de servicio civil en los Estados y gobiernos locales,³⁶⁴ protegiendo un número cada vez mayor de empleados contra el despido arbitrario”.³⁶⁵

A partir de los años 1960 se promulgaron varias leyes federales y estatales sobre derechos civiles, discriminación, protección en el empleo y post empleo, las que han tenido una notoria incidencia en el desarrollo del *employment law* estadounidense. Entre estas leyes cabe citar la *Civil Rights Act* de 1964, que en su Título VII prohíbe toda discriminación en el empleo basada en la raza, color, religión, sexo y nacionalidad; la *Age Discrimination Act in Employment* de 1967 (*ADEA*); la *Mine Safety and Health Act* de 1969; la *Occupational Safety and Health Act* de 1970 (*OSHA*); la *Rehabilitation Act* de 1973; la *Employee Retirement Income Security Act (ERISA)* de 1974; la *Consumer Credit Protection Act (CCPA)* de 1974; la *Civil Service Reform Act (CSRA)*; la *Workers Adjustment and Retraining Notification (WARN)* de 1988; la *Employee Polygraph Protection Act* de 1988 (*EPPA*); la *Older Workers Benefit Protection Act (OWBPA)* de 1990; la *Americans With Disabilities Act* de 1990; y la *Family and Medical Leave Act (FMLA)* de 1993.

Estas leyes “dieron soporte a la noción de que la incuestionada prerrogativa del empleador a contratar y despedir tenía que ceder al interés social. Durante las siguientes dos décadas, una serie de decisiones

364 En el sector público de EE.UU. los funcionarios sólo pueden ser despedidos si existe una “justa causa”, de modo que no existe el *at-will doctrine* que prevalece en el sector privado de ese país.

365 ROTHSTEIN, Mark A., CRAVER, Charles B., SCHOROEDER, Elinor P., SHOBEN, Eleaine W., y VANDER VELDE, Lea S. *Employment Law*. Pág. 232, West Publishing Co. St. Paul, MINN. (Estados Unidos), 1994.

de los tribunales estatales, así como la influencia de la doctrina³⁶⁶, aceleraron el paso hacia una reforma del *at-will doctrine*. Los empleados cuestionaron los *unfair discharges* (despidos injustos) con una variedad de teorías legales, y gradualmente emergieron tres grandes excepciones al *at-will doctrine*:

- (1) La *breach of an express or implied promise* (violación a una expresa o implícita promesa), incluyendo hechos contenidos en los *employment handbooks* (manuales de personal);
- (2) El despido injustificado en *violation of public policy*³⁶⁷ (violación al orden público); y
- (3) The *breach of the implied covenant of good faith and fair dealing*³⁶⁸ (violación del acuerdo implícito de buena fe y trato leal).³⁶⁹

Otros factores que han influido en el cuestionamiento del despido “a voluntad” lo han sido la *Montana Wrongful Discharge From Employment Act* de 1987³⁷⁰ y la *Model Employment Termination Act (META)* de 1991³⁷¹.

366 BLADES, Lawrence E. *Employment at will vs. Individual freedom: on limiting the abusive exercise of employer power*, Columbia Law Review, Págs. 1404 y Sgts. Vol. 67, No. 8, 1967; SUMMERS, Clyde. *Individual Protection for Unjust Dismissal: Time for a Statute*, 62 Virginia Law Review 481, 1976.

367 Primer caso: *Tetermann v. International Brotherhood of Teamsters, 1959, Reports of cases determined on the District Courts of Appeal of the State of California, Second Series*, Vol. 174, Pág. 184.

368 Primer caso: *Monge v. Beebe Rubber Co., 1974, Corte Suprema de New Hampshire. Reports of cases argued and determined in the Supreme Judicial Court of New Hampshire*, Vol. 114, Pág. 130.

369 ROTHSTEIN, Mark A., CRAVER, Charles B., SCHOROEDER, Elinor P., SHOBBEN, Eleaine W., y VANDER VELDE, Lea S. *Employment Law*. Pág. 232, West Publishing Co. St. Paul, MINN. (Estados Unidos), 1994.

370 En el año 1987 el Estado de Montana aprobó la *Montana Wrongful Discharge From Employment Act* (Ley sobre despido injustificado del empleo), convirtiéndose en el primer y único Estado de EE.UU. que posee una ley de tal tipo.

La ley ofrece una lata definición de *good cause*, diciendo que se trata de “motivos razonables relacionados al trabajo para sustentar el despido por caída del rendimiento satisfactorio de las labores, trastorno de las operaciones del empleador u otras razones legítimas del negocio (“Reasonable job-related grounds for dismissal based on a failure to satisfactorily perform job duties, disruption of the employer’s operation, or other legitimate business reason” (§39-2-903(5))).

De acuerdo a la misma ley, si el despido es declarado injustificado (*wrongful discharge*) el empleador podría ser condenado a *lost wages* (salarios caídos) hasta un máximo de 4 años (§39-2-905(1)).

En principio, con esa ley no hay despido discrecional en el Estado de Montana, dado que todo despido debe estar motivado en una *good cause* (buena o justa causa), la cual podría ser valorada por un tercero (tribunal, arbitro, autoridad administrativa, jurado).

371 La *Model Employment Termination Act (META)* (Ley modelo sobre terminación de

Ambas leyes condicionan el despido, y exigen que haya una *just cause* (justa causa) para poder ejercerlo. La primera solo está vigente en el Estado de Montana, mientras que la segunda es una *Model Act* (ley modelo) aprobada por el Congreso de los EE.UU. a fin de que los Estados de Unión la adopten y la apliquen en sus respectivas jurisdicciones, pudiendo adoptarla parcialmente, haciendo reservas o estableciendo condiciones respecto a algunas de las disposiciones. No obstante, hasta ahora ningún Estado se ha acogido a esta ley modelo.

“En parte, y en respuesta a estas leyes (*statutes*), y en reconocimiento de los nuevos derechos reconocidos a los trabajadores, la antes atrincherada regla del despido libre (*employment at will rule*) ha sido exitosamente retada bajo variadas teorías sobre el contrato y la responsabilidad civil. Para el final de los años 1980, virtualmente cada Estado de la unión ha adoptado una o más excepciones al despido libre (*at-will rule*). Una nueva era en el derecho individual de trabajo (*employment law*) ha comenzado.”³⁷²

4.2. *El derecho del despido en tiempos actuales. Tendencias.*

Si se nos pregunta cómo es el derecho del despido en los Estados Unidos, diríamos que se caracteriza por la libertad a la hora de ejercerlo en todos los sentidos pues, salvo contadas excepciones³⁷³, el empleador

contratos de trabajo) que es una ley modelo elaborada por un *Uniform Commissioners on State Laws* (una Comisión de alto nivel, integrada por expertos en Derecho Laboral) con la intención de que los Estados de la unión la adoptasen –hasta ahora ningún Estado la adoptado– prevé su propia definición de *good cause*, con dos acepciones. En la eventualidad de que un Estado se acoja al régimen de esa ley modelo, no habría, en principio, despido discrecional, pues el empleador tendría que ofrecer una *good cause* al ejercer el despido. Sin embargo, la amplitud conceptual de *good cause* prevista en la ley META es tal, que el empleador siempre conservaría la discrecionalidad al ejercer el despido; por eso se ha dicho que “la ley META se queda corta al otorgar [al trabajador] la misma protección que las cláusulas de justa causa de los convenios colectivos de trabajo.” (SOLOMON, Glenn. *You could be fired for reading this book*, Pág. 172. Berrett-koeher Publishers, Inc., San Francisco (Estados Unidos). 2003)

De otra parte, la ley modelo META permite que empleador y trabajador arriben a un acuerdo escrito de terminación, obviando el requisito de ofrecer una *good cause* de terminación. En tal caso el empleador pagaría una *severance pay* (indemnización por despido) de un mes de salario por cada año de servicio prestado, hasta un máximo de 30 meses. El pago de esta indemnización podría ser en una sola partida, como también en varias partidas mensuales, más interés.

372 ROTHSTEIN, Mark A., CRAVER, Charles B., SCHROEDER, Elionor P., SHOBEN, Elaine W. y VANDER VELDE, Lea S. *Employment Law*, Pág. 35. West Publishing Co. St. Paul, MN (Estados Unidos), 1994.

373 Trabajadores protegidos por un convenio colectivo o por un *grievances procedures* (procedimiento de solución de conflictos) en un *employment handbook* (manual de

no tiene que justificarlo ni acompañarlo de formalidades (previsto, comunicaciones escritas, autorizaciones). En cambio, el despido en América Latina está acompañado de formalidades, y en algunos casos de reglamentos obligatorios y procedimientos previos cuya violación conlleva sanciones, pago de indemnizaciones pre-fijadas en la ley, y en casos específicos la nulidad del despido y hasta el reintegro del trabajador.

Ese estado de cosas es altamente cuestionado por la doctrina y abogados con práctica en los Estados Unidos. Sin embargo, lo que más se cuestiona del despido libre estadounidense no es la carencia de formalidades, sino el derecho que tienen los empleadores a despedir *without cause* (sin causa alguna). Y en ese cuestionamiento ejercen una presión implícita y explícita:

- Primero, el régimen laboral del sector público de EE.UU., en donde el despido debe estar justificado en una causa;
- Segundo, la existencia de convenios colectivos³⁷⁴ exigiendo que todo despido esté sustentado en una causa justificativa;
- Tercero, el régimen del despido en el Estado de Montana y en la ley modelo META,³⁷⁵ en donde se prevé que el despido debe estar siempre justificado por una causa; y
- Cuarto, la opinión de la doctrina, que constantemente alega que Estados Unidos es el único país de economía industrializada que mantiene el despido “a voluntad” sin condicionarlo a una causa o a una indemnización.

Ese cuestionamiento hacia el *at-will doctrine* ha provocado que durante las últimas cuatro décadas muchos trabajadores hayan demandado por despido *without cause* (sin causa), y los tribunales han ido lentamente reconociendo casos de *wrongful discharge* (despidos injustificados) y aplicado la teoría de la responsabilidad civil, produciendo condenas multimillonarias a cargo de los empleadores.

Hoy en día, y desde los años noventa, la doctrina y los interlocutores sociales estadounidenses se debaten entre mantener el actual *status quo*, presenciando una erosión jurisprudencial paulatina del *at-will doctrine* hacia el despido con *good cause* (justa causa), o en cambio, una admisión formal del despido con justa causa mediante un *statute law*. Es evidente que no ha habido un consenso al respecto.

personal) o por un contrato escrito con un término de vigencia.

374 Los convenios colectivos abarcan no más del 10% de la masa de trabajadores en EE.UU.

375 La *Montana Wrongful Discharge From Employment Act* de 1987 y la *Model Employment Termination Act (META)* de 1991.

Por su parte, en América Latina se le reprocha al régimen del despido ser excesivamente formalista, restando flexibilidad a los empleadores en la movilidad de su personal. Así, por ejemplo, en Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Costa Rica, después de 10 trabajadores (5 trabajadores en Honduras) es obligatorio tener un Reglamento Interior de Trabajo, que debe estar aprobado por el Ministerio de Trabajo,³⁷⁶ y que además debe contener un procedimiento disciplinario que obligatoriamente hay que agotar previo al despido. Pero, además, en todos los países de la región el despido debe ser comunicado por escrito tanto al trabajador como al Ministerio de Trabajo, so pena de sanciones e indemnizaciones prefijadas en la ley. Asimismo, en ciertos países, todo despido disciplinario está sujeto a una autorización del Ministerio de Trabajo,³⁷⁷ y en otros, a la participación de un Comité de empresa³⁷⁸ y una audiencia junto a un asesor designado por el sindicato.³⁷⁹

Paradójicamente, en todos estos países se admite el despido *ad nutum* (equivalente al *at-will doctrine* de EE.UU.) pero supeditándolo al pago de una “indemnización por despido” (llamada también “auxilio de cesantía”), cuyo monto está prefijado en la ley, y que es una especie de sanción legal a cargo del empleador en beneficio del trabajador. De ese modo, el empleador queda libre de ejercer el despido sin justa causa, aunque a un costo.³⁸⁰

En Estados Unidos hay una evidente tendencia hacia un régimen del despido en que el empleador deba justificar su decisión; es una tendencia lenta pero progresiva³⁸¹. Sin embargo –salvo que surja una especie de

376 En Costa Rica no es obligatorio el Reglamento Interior de Trabajo. Sin embargo, “para que el patrono pueda imponer sanciones intermedias, por ejemplo, cuando se quiera castigar al empleado que no se presenta a laborar un día (y no dos consecutivos o más de dos alternos, como establece la ley) se requiere que las mismas se encuentren previstas en un Reglamento Interior de Trabajo, debidamente aprobado por el Ministerio de Trabajo.” (Fuente: www.leylaboral.com)

377 Caso de Nicaragua: Artículo 48 del Código de Trabajo.

378 Caso de Panamá: Artículo 187 del Código de Trabajo.

379 Caso de Panamá: Artículo 187 del Código de Trabajo.

380 En Panamá existe el llamado Fondo de Cesantía y en Costa Rica el Fondo de Capitalización Laboral. El mecanismo de todos estos Fondos es acumular un ahorro obligatorio a cargo del empleador, al que podrá acceder el trabajador en caso de despido. Estos Fondos se nutren con un porcentaje mínimo derivado del salario del trabajador. El Fondo de Garantía del Tiempo de Servicios (FGTS) creado en Brasil ha sido la fuente de inspiración de aquellos fondos.

En otros países de la región (Costa Rica, Honduras y RD), se ha admitido por ley o por jurisprudencia la llamada “liquidación anual”, que no es más que el pago de la indemnización por despido hecha al final de cada año, como si se tratase de un despido, aunque en realidad es trabajador continúe prestando servicios en la empresa en el siguiente año.

381 Por ejemplo, la excepción al *at-will doctrine* del “pacto implícito de buena fe

nuevo *New Deal*, imponiendo a nivel federal una *Employment Termination Act*—, nos parece que la jurisprudencia continuará progresivamente expandiendo las excepciones que ya existen al *at-will doctrine*, y probablemente irá admitiendo nuevas excepciones, lo que a la postre devendrá en un nuevo derecho del despido, más próximo al derecho del despido inglés o europeo continental.

5. CLASIFICACIÓN DEL DESPIDO EN LOS ESTADOS UNIDOS

5.1. *At-will employment* (Despido a voluntad).

En Estados Unidos, las leyes no prevén una clasificación del despido, como sí ocurre en los códigos y leyes de trabajo en América Latina. Sin embargo, la práctica y la jurisprudencia han establecido una clasificación particular. En Estados Unidos se habla de “contratación a voluntad” (*hiring at will*), pero no de “despido libre”, para aludir a la situación en que se encuentran trabajador y empleador en su relación. El derecho del despido se rige por la regla del *at-will employment* (despido a voluntad) con la excepción del estado de Montana y del estado libre asociado de Puerto Rico.

At will employment significa que tanto el empleador como el trabajador pueden ponerle término a la relación laboral sin preaviso o causa. El *at will* es, por tanto, el equivalente al despido *ad nutum*. Ambas expresiones significan exactamente lo mismo, “a voluntad”. “El trabajador carece del derecho a deducir acción [judicial] por incumplimiento de contrato alegando que ha sido despedido,”³⁸² dado que “un contrato de trabajo de duración indefinida (*indefinite duration*) es terminable a voluntad de ambas partes con o sin justificación o causa.”³⁸³ “En ausencia [...] de término [en el contrato de trabajo] el empleador puede despedir lícitamente al trabajador [...] en cualquier momento.”³⁸⁴ Si la contratación es por

y trato leal” en todo contrato de trabajo, ha sido progresivamente aceptada desde su proclamación en 1976 por diferentes Estados de la Unión: Alabama, Alaska, Arizona, California, Delaware, Idaho, Massachusetts, Montana, Nevada, Utah y Wyoming.

382 Caso *Allegri v. Providence-St. Margaret Health Center*, 1984, Corte de Apelaciones de Kansas. The Pacific Reporter, Second Series (Ed. West Publishing Co.), Vol. 684, Pág. 1035.

383 Caso *Farlow v. Adams*, 1985, Corte Suprema de Alabama. The Southern Reporter, Second Series (Ed. West Publishing Co.), Vol. 474, Pág. 56.

384 Caso *Boyer v. Western Union Telephone Co.*, 1903, Corte de Apelaciones de Missouri. The Federal Reporter (Ed. West Publishing Co.), Vol. 124, Pág. 246.

tiempo indefinido el trabajador, en principio, “no tiene derecho a reclamar daños y perjuicios”, aunque pruebe que la causa del despido ha sido injusta.³⁸⁵

5.2. *Dismissal for just cause* (despido con justa causa).

Al despido con justa causa se le denomina *dismissal for just cause* (despido con justa causa), y se define como la “destitución de un empleado por una razón que la ley o el orden público ha reconocido como garantía suficiente para retirar al empleado”.³⁸⁶

“El empleador tiene derecho a despedir por justa causa aun cuando dicho derecho no se haya establecido en el contrato”³⁸⁷ y aun cuando se haya pactado una fecha de término del contrato³⁸⁸ si se trata de un incumplimiento grave³⁸⁹ o sustancial por parte del trabajador.³⁹⁰

Lista de causales de despido a partir de una selección de la jurisprudencia.³⁹¹ “La justa causa puede ser dividida en dos categorías: (1) razones económicas o empresariales no relacionadas con el empleado, y (2) mala conducta o rendimiento incompetente del empleado (*employee misconduct or inadequate performance*) [...] La segunda categoría, razones de justa causa basadas en el empleado, incluye rendimiento incompetente (*inadequate performance*)³⁹² así como ofensas contra el empleador o sus negocios, tales como fraude continuo (*resume fraud*),³⁹³ acoso sexual

385 Caso *Bell v. Faulkner*, 1934, Corte de Apelaciones de Missouri. The Southwestern Reporter, Second Series (Ed. West Publishing Co.), Vol. 75, Pág. 612.

386 GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. Thomson West, West Publishing Co. St. Paul MN (Estados Unidos). 2007

387 Caso *Vincent Allen & Assoc., Inc. v. Weis*, 1978, Reports of cases determined in the Appellate courts of Illinois, Third Series, Vol. 63, Pág. 295.

388 Caso *Twentieth Century Fox Film corp. v. Lardner*, 1954, Corte Federal de Apelaciones del 9º Circuito, *The Federal Reporter* (Ed. West Publishing Co.), Vol. 216, Pág. 850.

389 Caso *Seco Chemicals, Inc., etc. v. Stewart*, 1976, Corte de Apelaciones de Indiana, *The Northeastern Reporter* (Ed. West Publishing Co.), Vol. 349, Pág. 739.

390 Caso *Central Alaska Broadcasting v. Bracale*, 1981, Corte Suprema de Alaska, *The Pacific Reporter, Second Series* (Ed. West Publishing Co.), Vol. 637, Pág. 713.

391 ROTHSTEIN, Mark A., CRAVER, Charles B., SCHOROEDER, Elinor P., SHOBEN, Eleaine W., y VANDER VELDE, Lea S. *Employment Law*. Pág. 1, West Publishing Co. St. Paul, MINN. (Estados Unidos), 1994.

392 *Kohler v. Ericsson, Inc.*, 847 F.2d 499 (9th Cir. 1988) (applying Cal. Law); *Eales v. Tanana Valley Medical-Surgical Group, Inc.*, 663 P.2d 958 (Alaska 1983); *Vandevier v. Mulay Plastics, Inc.*, 135 Ill. App.3d 787, 90 Ill. Dec. 558, 482 N.E.2d 377 (1985); *Dorfman v. TDA Indus., Inc.*, 16 Mass. App. Ct. 714, 455 N.E.2d 457 (1983)

393 *Johnson v. Honeywell Inf. Sys., Inc.*, 955 F.2d 409 (6th Cir. 1992) (applying Mich. law)

(*sexual harassment*),³⁹⁴ peleas (*fighting*),³⁹⁵ alcoholismo (*drinking*),³⁹⁶ agresiones contra clientes (*assaulting a customer*)³⁹⁷ e insubordinación (*insubordination*).³⁹⁸ Sin embargo, no todas las malas conductas del empleado reúnen los estándares para una justa causa; la mala conducta debe ser sustancial. Por consiguiente, una leve negligencia en sus deberes (*minor neglect of duty*),³⁹⁹ una ausencia excusable (*excusable absence*),⁴⁰⁰ una deformación o tergiversación leve de la cosa o de los hechos (*minor misrepresentation*),⁴⁰¹ grosería o tosquedad (*rudeness*),⁴⁰² y hasta la presentación de una correspondencia difamatoria (*filing a defamation*)⁴⁰³ contra el empleador han sido considerados como hechos no suficientes para establecer una justa causa.

5.3. *Wrongfull discharge* (despido sin justa causa).

Al despido sin justa causa se le llama *wrongful discharge* o *wrongful dismissal* (despido injustificado o despido sin justa causa), y se define como el “despido por razones que son ilegales o que violan el orden público”.⁴⁰⁴

El derecho de despedir (o sea el *at-will employment*) es un derecho cuyo ejercicio puede ser controlado judicialmente, pudiendo los jueces declararlo injusto (*wrongful*), control que ha sido sostenido por la doctrina desde sus inicios del siglo XIX y ha sido ratificado por la jurisprudencia.⁴⁰⁵

- a) Si al ejercerse el despido se ha violado alguna las tantas leyes de antidiscriminación (*antidiscrimination statutes*) que podrían estar protegiendo la condición (raza, religión, sexo, edad) del trabajador despedido o que podrían estar protegiendo alguna

394 Scherer v. Rockwell Int'l Corp., 975 F.2d 356 (7th Cir.1992) (applying Ill. Law)

395 Ferraro v. Koelsch, 124 Wis.2d 154, 368 N.W.2d 666 (1985)

396 Walker v. Goodson Farms, Inc., 90 N.C.App. 478, 369 S.E.2d 122, review denied, 323 N.C. 370, 373 S.E.2d 556 (1988); Alexander v. Phillips Oil Co., 741 P.2d 117 (Wyo.1987)

397 Ferraro v. Koelsch, 124 Wis.2d 154, 368 N.W.2d 666 (1985)

398 Silkworth v. Ryder Truck Rental, Inc., 70 Md.App.264, 520 A.2d 1124 (1987)

399 Brown v. Chris Nelsen & Son, Inc., 10 Mich.App. 95, 158 N.W.2d 818 (1968)

400 Joshua v. McBride, 19 Ark.App. 31, 716 S.W.2d 215 (1986)

401 Krison v. Texas Indus., Inc., 253 So.2d 614 (La.App.1971)

402 Boyle v. Petrie Stores Corp., 136 Misc.2d 380, 518 N.Y.S.2d 854 (Sup.Ct.1985)

403 Tacket v. Delco Remy, 959 F.2d 650 (7th Cir.1992) (applying Ind. Law)

404 GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. Thomson West, West Publishing Co. St. Paul MN (Estados Unidos). 2007

405 Caso *May v. Tide Water Power Co.*, 1939, Corte Suprema de Carolina del Norte. *The Southeastern Reporter, Second Series* (Ed. West Publishing Co.), Vol. 5, Pág. 311.

situación (embarazo, servicio militar, etc.) en que se encontraba el trabajador al momento del despido. Entre la multitud de leyes federales y estatales se destacan: La *National Labor Relations Act (NLRA)* de 1935, conocida como Ley Wagner; el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964, modificada por la *Civil Rights Act* de 1991; la *Fair Labor Standards Act (FLSA)* de 1938; la *Age Discrimination in Employment Act (ADEA)* de 1967; la *Older Workers Benefit Protection Act (OWBPA)* de 1990; la *Employee Retirement Income Security Act (ERISA)* de 1974; la *Family and Medical Leave Act (FMLA)* de 1993; la *Consumer Credit Protection Act (CCPA)* de 1974; la *Civil Service Reform Act (CSRA)*; y la *Workers Adjustment and Retraining Notification (WARN)* de 1988.⁴⁰⁶

- b) Si el trabajador despedido, a través de alguna cláusula explícita o implícita, verbal o escrita vigente en su contrato de trabajo (*explicit or implied contract restrictions*) o vigente en el RIT (*company's general employment policies*), o vigente en el convenio colectivo (*collective agreement restrictions*) no podía ser despedido sin una justa causa (*just cause*) o sin que se agotase un procedimiento disciplinario previo (*progressive discipline*) o sin que se cumpliera el término de vigencia del contrato, convenido o garantizado por el empleador (*fixed-term contract*).

- c) Si el despido se ejerce en franca violación al orden público (*public policy*). “Por ‘orden público’ se entiende aquel principio de derecho que sostiene que ningún ciudadano puede hacer lícitamente lo que tiene tendencia a ser dañoso para el público o contra el bien público”.⁴⁰⁷ De orden público son “aquellos principios cuya observancia interesa a la comunidad, es decir, al público”.⁴⁰⁸ A este tipo de despido se le llama “despidos represalia”

406 A partir de cualquiera de las *Veteran's Reemployment Rights Acts* vigentes (la *Selective Training and Service Act* de 1940, la *Vietnam Era Veterans' Readjustment and Assistance Act* de 1974, etc.) podría declararse ilegal un despido. Igualmente, a partir de cualquiera de las leyes protectoras del medio ambiente (*Safe Water Drinking Act* de 1944, la *Federal Water Pollution Control Act* de 1948, la *Toxic Substances Control Act* de 1976, la *Solid Waste Disposal Act* de 1976, la *Clean Air Act* de 1977, la *Surface Mining Control and Recamation Act* de 1977); y a partir de otras variadas leyes: *Occupational Safety and Health Act* de 1970, la *Federal Mine Safety and Health Act* de 1977.

407 Caso *Tetermann v. International Brotherhood of Teamsters, 1959, Reports of cases determined on the District Courts of Appeal of the State of California, Second Series*, Vol. 174, Pág. 184.

408 DIÉGUEZ, *Orden público y conflictos colectivos*, Eunsa, Pamplona (España), 1976. Cita tomada de Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *El Despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Pág. 169, Editorial Civitas, S.A., Madrid (España), 1º Ed. 1988.

(*Retaliatory discharges*).⁴⁰⁹ No están expresamente prohibidos por ley alguna. No obstante, la jurisprudencia ha considerado que hay despido-represalia “por haber ejecutado un acto que el orden público favorecería, o por negarse a hacer algo que el orden público condenaría”.⁴¹⁰ : despido negarse a realizar actos ilegales (mentir en juicio, alterar contabilidad para evadir impuestos); despido por cumplir deber cívico (ausentarse para servir como jurado, denunciar comisión de un delito en la empresa); despido por invasión a privacidad (negativa a hacer campaña política por candidato apoyado por la empresa); despido por obstrucción derechos legales (por demandar a un compañero de trabajo o la empresa).

- d) Si al ejercer el despido el empleador estuvo motivado por la mala fe o malicia (*bad faith or malice*), el despido carece de justa causa dado que todo contrato de trabajo conlleva un pacto implícito de buena fe y trato leal (*implicit covenant of good faith and fair dealing*) que limita el poder de despedir del empleador (ej.: despido justo antes de que perfeccionara venta de comisiones que beneficiarían al empleado; despido de trabajador con más de 20 años de servicios impidiéndole calificar para una pensión de vejez). El trabajador debe probar, además de la falta de justa causa de despido, también la “malicia” del empleador,⁴¹¹ pues “la mera ausencia de justa causa para el despido del trabajador, aunque tiende a negar la existencia de buena fe, no [constituye] por sí misma [...] un incumplimiento del pacto de buena fe y trato leal” implícito en el contrato.⁴¹²

409 Caso *Sventko v. Kroger Co.*, 1976, Corte de Apelaciones de Michigan. *The Northwestern Reporter, Second Series* (Ed. West Publishing Co.), Vol. 245, Pág. 153.

410 Caso *Cloutier v. A&P Tea Co., Inc.*, 1981, *Reports of cases argued and determined in the Supreme Judicial Court of New Hampshire*, Vol. 121, Pág. 915. Cita tomada de Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *El Despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Pág. 170, Editorial Civitas, S.A., Madrid (España), 1º Ed. 1988.

411 Caso *Rulon-Miller v. IBM Corp.*, 1984, Corte de Apelaciones de California. *West's California Reporter* (Ed. West Publishing Co.), Vol. 208, Pág. 533.

412 Caso *Siles v. Travenol Laboratories, Inc.*, 1982, Corte de Apelaciones de Massachusetts. *The Northeastern Reporter, Second Series*, (Ed. West Publishing Co.), Vol. 433, Pág. 106.

5.4. *Constructive discharge (despido indirecto).*

Al despido indirecto se le llama *constructive dismissal* o también *constructive discharge*, y aunque no ocurre con la misma frecuencia que el despido ordinario (*at-will* o con justa causa) existe en el derecho de EE. UU. y ha sido reconocido por el *common law*.

“Un trabajador que renuncia voluntariamente a su puesto de trabajo, no puede deducir acción contra su empleador [...] por despido injusto.”

⁴¹³ Sin embargo, “si el empleador deliberadamente hace tan intolerables las condiciones de trabajo que el trabajador es forzado a dimitir contra su voluntad, entonces el empresario ha llevado a cabo un despido fáctico (*constructive discharge*) y es responsable [...] como si hubiese despedido formalmente al trabajador”.⁴¹⁴ En los casos de despido indirecto, “el trabajador soporta la carga de probar que los actos del empleador provocaron dicho despido [...]”.⁴¹⁵

5.5. *Employment termination because of plant closings and mass layoffs (terminación por cierre de planta y reducción de personal).*

El equivalente al despido por motivos económicos es la “terminación por cierre de planta y reducción de personal” (*employment termination because of plant closings and mass layoffs*) regulado por ley federal *Workers Adjustment and Retraining Notification (WARN)*, la cual se aplica a los casos de reducción de personal resultado de cierre de plantas o a reducciones de personal que excedan 50 empleados dentro de un período de 90 días en compañías con 100 o más trabajadores. Eventualmente, leyes estatales, si las hay, serían aplicables en tales situaciones de reducción de personal y cierre de empresas.

413 Caso *Knee v. School District No. 139, in Canyon County, 1984*, Corte de Apelaciones de Idaho. *The Pacific Reporter, Second Series* (Ed. West Publishing Co.), Vol. 676, Pág. 729.

414 Caso *Vaughn v. Pool Offshore Co., 1982*,, Corte Federal de Apelaciones del 5° Circuito. *The Federal Reporter, Second Series* (Ed. West Publishing Co.), Vol. 683, Pág. 926.

415 Caso *Brock v. Mutual Reports. Inc., 1979*, Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia. *The Atlantic Reporter, Second Series* (Ed. West Publishing Co.), Vol. 397, Pág. 152.

ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DEL SISTEMA VENEZOLANO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Oscar Hernández Álvarez⁴¹⁶

SUMARIO

1. La estabilidad laboral en el Derecho del Trabajo del Siglo XXI. 2. La estabilidad laboral en la legislación venezolana. 3. Protección a la permanencia en el empleo en el Decreto Ley que promulga la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras.- 3. Los Decretos de Inamovilidad Laboral. 4. Aspectos inconstitucionales del sistema venezolano en materia de estabilidad e inamovilidad laboral. 5. Conclusiones.

1. LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO DEL SIGLO XXI

La concepción del denominado Estado de Bienestar Social ha sido, especialmente a partir de finales del siglo pasado, objeto de fuertes críticas de las tendencias neoliberales, las que acusan al sobredimensionamiento del Estado de constituir un obstáculo al crecimiento de la economía y postulan el retorno a la leyes naturales del mercado para promover un desarrollo económico libre y acelerado que, según afirman, es la única forma de fomentar riqueza para poder lograr su adecuada distribución.

Esta controversia ha presidido el debate que, primeramente en Europa y posteriormente en América Latina, se ha planteado en torno al Derecho del Trabajo, el cual ha sido considerado por algunos como

416 Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Lisandro Alvarado. Barquisimeto, Venezuela. Profesor Invitado en los Post grados de varias universidades. Ex Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

fuentes de rigideces que estorban el crecimiento de la economía, mientras que otros lo defienden como ordenamiento especializado que tiene su justificación en la necesidad de otorgar tutela a los trabajadores por ser la parte económicamente débil en la relación de trabajo y que no están, por sí solos, en condiciones de ejercer autónomamente su voluntad en términos de igualdad frente a los empleadores.

Uno de los campos en que se ha desenvuelto con mayor vehemencia la polémica entre “flexibilizadores” y “garantistas” ha sido el relativo al fomento y a la preservación del empleo. Frente al crecimiento de los índices de desocupación, producto en ocasiones de las recurrentes situaciones de recesión económica y en otros de la innovación tecnológica, se ha sostenido que el Derecho del Trabajo debe cambiar su centro de atención tradicional (proteger al trabajador) por otro que es más acorde con las actuales exigencias (proteger, es decir, fomentar al empleo). De esa forma, aun cuando se desmejoren algunas de las condiciones otorgadas a quienes trabajan, se obtendría, en contrapartida, una mayor posibilidad de acceso al empleo para quienes no lo tienen. En otras palabras, no importaría precarizar el empleo, creando formas de contratación cuyas condiciones son evidentemente inferiores a las tradicionales, si mediante estas formas de contratación precaria se logra aumentar el número de los empleados.

En ese contexto, muchos países han abandonado o al menos relajado sus tradicionales sistemas de protección a la estabilidad en el trabajo, favoreciendo formas precarias de contratación laboral supuestamente destinadas a fomentar el empleo. Venezuela aparece como un caso raro, en el cual la legislación laboral no solo mantuvo sino que rigidizó la estabilidad laboral.

2. LA ESTABILIDAD LABORAL EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

La primera ley venezolana de protección al empleo fue la Ley Contra Despidos Injustificados de 1975, que establecía un sistema de estabilidad laboral relativa en manos de organismos administrativos de carácter tripartito. La Ley Orgánica del Trabajo de 1990 puso en manos de los tribunales laborales la protección de la estabilidad en el trabajo. Estableció que el trabajador que fuese despedido podía, salvo que estuviese legalmente excluido de la protección de estabilidad,

acudir a un tribunal para reclamar su reenganche (reincorporación al trabajo) y el pago de los salarios caídos (remuneración dejada de percibir durante el tiempo que estuvo fuera del puesto de trabajo). El patrono podía defenderse negando la relación de trabajo, alegando el carácter temporal de la contratación, el hecho de que el reclamante estuviese legalmente excluido de la estabilidad o la naturaleza justificada del despido. Si el patrono no tenía éxito en uno de estos alegatos, estaba obligado a “reenganchar” al trabajador y a pagarle sus “salarios caídos”. Sin embargo, el empleador conservaba la opción de evitar el reenganche, pagando al trabajador una indemnización especial por despido, lo cual podía hacer en cualquier etapa del proceso e, incluso, antes de iniciarse el mismo, de manera que el pago de la indemnización por despido impedía al trabajador acudir al Tribunal a pedir su reenganche.

3. PROTECCIÓN A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO EN DECRETO EJECUTIVO QUE PROMULGA LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS DE 2012.

2.1. El sistema general de estabilidad.

El Decreto Ley establece un sistema general de estabilidad de la cual solo están excluidos los empleados de dirección y los trabajadores contratados a tiempo indeterminado que tengan menos de un mes de servicio. Los trabajadores contratados para una obra determinada o por un tiempo indeterminado gozan de estabilidad durante la vigencia de su contrato. No obstante que la Ley no lo establece así, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en una sentencia de 2009, consideró que los trabajadores domésticos están excluidos del régimen de estabilidad absoluta.⁴¹⁷

Cuando el patrono despida a un trabajador amparado por la estabilidad laboral deberá notificarlo al Juez laboral dentro de los cinco días hábiles siguientes al despido, indicando las causas que lo justifiquen. Si no lo hace dentro de estos cinco días hábiles, se le tendrá por confeso en el sentido de que el despido se hizo sin justa causa.

417 Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 522 del 14 de Abril de 2009.

El trabajador despedido protegido por la estabilidad puede solicitar su reincorporación al tribunal dentro de los diez días hábiles siguientes al despido. El tribunal notificará al patrono, quien deberá contestar la solicitud del trabajador. El patrono podrá negar la relación laboral; negar el despido; alegar que el trabajador optó por cobrar su indemnización por despido, con lo cual renunció al reenganche; alegar la naturaleza justificada del mismo o que el trabajador no está amparado por la estabilidad. En los tres últimos casos, el patrono tiene la carga de probar su alegato. Firme la sentencia del Juez que declaró con lugar la solicitud del trabajador, se procederá al reenganche y pagos de los salarios caídos del mismo. De la sentencia de primera instancia se podrá apelar ante el Juzgado Superior del Trabajo.

El trabajador podrá optar por poner término a la relación de trabajo cobrando, además del pago de sus prestaciones sociales y demás derechos laborales, una indemnización especial por despido, cuyo monto la ley fija en treinta días del último salario por cada año de servicio. Al contrario de lo que establecía la Ley de 1990, esa opción no puede ser ejercida por el patrono ya que corresponde exclusivamente al trabajador despedido, quien puede ejercerla en cualquier momento del proceso y aún antes de solicitar el reenganche. En estos casos, según se trate, se pondrá fin al proceso de reenganche intentado o se estará creando una causa de inadmisibilidad del procedimiento. Si el demandado se negare a cumplir la sentencia, incurrirá en delito de desacato con pena de prisión de seis a quince meses.

2.2. Los casos de inamovilidad.

El Decreto Ley establece varios casos especiales de inamovilidad en los cuales el trabajador no podrá ser despedido, ni trasladado, ni desmejorado sin una causa justificada de las establecidas por la Ley, previamente calificada por el Inspector del trabajo. La inamovilidad, a diferencia de la estabilidad, no es una protección permanente a las relaciones de trabajo en general, sino que está asociada a una situación temporal del trabajador, que lo coloca en una circunstancia en la cual su despido, traslado o desmejora, puede ser atribuible a un acto discriminatorio. Originalmente, la inamovilidad fue en Venezuela una institución de Derecho Colectivo del trabajo y protegía a trabajadores promotores de sindicatos, directivos sindicales o trabajadores involucrados en una negociación colectiva o conflicto colectivo de trabajo. Posteriormente fue aplicada a situaciones de derecho individual, siempre temporales, y ahora referidas a casos en los cuales el trabajador es más vulnerable frente

al despido, razón por la cual se le daba esta protección especial, como los casos de trabajadoras en estado de gravidez y su pareja hasta dos años después del parto, trabajadores que adopten niños hasta dos años después de la adopción, trabajadores con hijos con discapacidad, trabajadores cuya relación de trabajo esté suspendida o cuya entidad de trabajo esté intervenida, trabajadores tercerizados, etc.

El patrono que pretenda despedir, trasladar o cambiar las condiciones de trabajo de un trabajador amparado por inamovilidad deberá solicitar autorización al Inspector del Trabajo, quien abrirá un procedimiento, con conciliación previa, en el cual el patrono deberá probar las causas legales para tal acción. Si el patrono no hace tal prueba, el Inspector negará la autorización solicitada.

Si un patrono despide a un trabajador amparado por inamovilidad, el Inspector ordenará enseguida el reenganche y pago de salarios caídos. En caso de que en el acto de reenganche no sea posible comprobar la relación de trabajo, se abrirá una articulación probatoria, al cabo de la cual el Inspector decidirá sobre el reenganche. En el punto 5 del presente trabajo se analizará el procedimiento de ejecución.

3. LOS DECRETOS DE INAMOVILIDAD LABORAL

A finales del año 2001, el Presidente de la República promulgó un Decreto estableciendo una inamovilidad temporal con ocasión de un proceso de reestructuración sindical convocado por el Gobierno. El 28 de abril de 2002, mediante Decreto número 1752 se acordó una inamovilidad “provisional” que abarcaba a todos los trabajadores dependientes del país, excluyendo los trabajadores de dirección y de confianza, los contratados temporalmente, aquellos que tuviesen menos de *tres meses* de servicios para su empleador y aquellos que ganasen más de una cantidad equivalente a *4,4 salarios mínimos* de la fecha. Los Decretos de inamovilidad han venido sucediéndose, siempre con carácter “provisional”. El ámbito de los trabajadores beneficiados por la inamovilidad se ha venido extendiendo, al punto que, en la actualidad, solo son excluidos los trabajadores de dirección y que tengan menos de un mes de servicio. Puede decirse que el régimen “provisional” de inamovilidad, que ya dura casi trece años, ha sustituido en la práctica el régimen de estabilidad previsto por la Ley.

El Decreto de inamovilidad vigente prevé que los trabajadores amparados por el mismo no pueden ser despedidos, desmejorados

o trasladados sin causa justa calificada por el Inspector del trabajo. Da derecho a los trabajadores afectados por un despido, desmejora o traslado a dirigirse al Inspector del trabajo reclamando su reenganche, el pago de los salarios caídos y demás beneficios dejados de percibir. El Inspector abrirá un procedimiento, y si al iniciarse el mismo el Inspector constata la relación laboral y la inamovilidad alegada, procederá al inmediato reenganche. Si el Inspector no pudiese apreciar la existencia de la relación laboral y la inamovilidad alegadas, abrirá el proceso a pruebas y, vistas las mismas y los alegatos de las partes, decidirá sin o con lugar el reenganche. La orden de reenganche, o reposición a las condiciones normales del trabajador, será acompañada con la orden de pagar no solo “los salarios caídos” sino todos los beneficios laborales que el trabajador haya dejado de percibir durante el procedimiento. A partir de 2012, la ejecución de la decisión del Inspector se hace conforme al procedimiento sumario que establece el artículo 425 del Decreto Ejecutivo que promulga la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, promulgada ese año, y el cual comentamos en el punto 5 del presente trabajo.

Si un patrono desea despedir, trasladar o desmejorar a un trabajador, debe dirigirse al Inspector del Trabajo solicitando autorización para ello. El Inspector abrirá un procedimiento, “breve” en teoría, pero que en la práctica puede durar varios meses, y con vistas a las pruebas y a los argumentos de las partes, emitirá o no su autorización. Es de observar que, en muchos casos, ocurre que el Inspector no tramita la solicitud.

En ninguno de los dos procedimientos se concede apelación de la decisión del Inspector. Los interesados podrán recurrir ante los jueces laborales a fin de pedir la nulidad de esta decisión basándose en que la misma adolezca de los vicios capaces de determinar la nulidad de un acto administrativo. De acuerdo con nueva disposición legal que comentamos en el punto 5 del presente trabajo, el juez no podrá dar curso al juicio de nulidad si no consta previamente el cumplimiento de la orden de reenganche.

El sistema de inamovilidad ha determinado un gran congestionamiento de las Inspectorías del Trabajo, que además de sus labores ordinarias de inspección y mediación se ven en la necesidad de atender esta función cuasi-jurisdiccional de estabilidad laboral. La extensión de la inamovilidad a casi todo el universo de los trabajadores dependientes ha determinado que Venezuela tenga uno de los sistemas laborales más rígidos del planeta.

4. ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DEL SISTEMA VENEZOLANO EN MATERIA DE ESTABILIDAD E INAMOVILIDAD LABORAL

La normativa contenida en el Decreto Ejecutivo que promulga la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras en materia de estabilidad e inamovilidad laboral tiene aspectos que son contrarios a la Constitución venezolana. Hagamos una revisión de los mismos.

4.1. Los artículos 91, último párrafo, el artículo 425, l numeral 6 y los artículos 538 y 539 de dicho Decreto Ley establecen:

Artículo 91. Ejecución forzosa de la decisión.

(...) Si el demandado o demandada se negare a cumplir con la orden judicial de reenganche, incurrirá en el delito de desacato a la autoridad judicial con pena de prisión de seis a quince meses. A los fines de establecer las responsabilidades penales a que haya lugar, el Juez o Jueza del Trabajo oficiará al Ministerio Público.

Artículo 425. Procedimiento para el reenganche y restitución de derechos.

(...) 6.- Si persiste el desacato u obstaculización a la ejecución del reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, será considerada flagrancia y el patrono, patrona, su representante o personal a su servicio responsable del desacato u obstaculización, serán puestos a la orden del Ministerio Público para su presentación ante la autoridad judicial correspondiente.

Artículo 538. Causas de arresto.

El patrono o patrona que desacate la orden de reenganche de un trabajador amparado o trabajadora amparada por fuero sindical o inamovilidad laboral; el que incurra en violación del derecho a huelga, y el que incumpla u obstruya la ejecución de los actos emanados de las autoridades administrativas del trabajo, será penado con arresto policial de seis a quince meses. Esta pena, tratándose de patronos o patronas asociados o asociadas, la sufrirán los instigadores o instigadoras a la infracción, y de no identificarse a éstos o éstas, se aplicará a los miembros de la respectiva junta directiva. El inspector o inspectora del trabajo solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente.

Artículo 539. Arresto por cierre ilegal e injustificado de la fuente de trabajo.

El patrono o patrona que de manera ilegal e injustificada cierre la fuente de trabajo, será sancionado o sancionada con la pena de arresto

de seis a quince meses por los órganos jurisdiccionales competentes a solicitud del Ministerio Público.

Estos artículos son violatorios de la Constitución Nacional. No solo crean tipos penales, sino que establecen una regulación procesal en torno a los mismos, lo cual es contrario a los artículos 156 ordinal 32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en conjunción con el numeral 1 del artículo 187 constitucional. Estos artículos dicen:

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...) 32. La legislación en materia penal, penitenciaria, de procedimientos (...).”

Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional:

1) Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional (...).”

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras no fue aprobada por el Poder Legislativo sino por el Presidente de la República, quien actuó en ejercicio de la potestad legislativa que le fue conferida por la Asamblea Nacional por medio de una Ley Habilitante con carácter temporal, que le facultó para legislar mediante Decretos con rango, valor y fuerza de ley. En nuestro criterio, existen limitaciones constitucionales que impiden otorgar la habilitación para legislar en torno a determinadas materias que, dada su trascendencia política y social, importancia nacional y naturaleza, corresponden, de manera exclusiva y excluyente, a la reserva legal formal y, por ende, le corresponden monopólicamente a la Asamblea Nacional. Tales limitaciones son de dos clases: la primera viene dada por la naturaleza de la materia que se pretende regular, y la segunda tiene que ver con la participación política de los ciudadanos y la sociedad organizada en el proceso de formación de las leyes.

Con respecto a la primera limitación, el citado artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela enumera las diversas materias de competencia nacional, de las cuales algunas pueden ser objeto de delegación y otras no, figurando entre estas últimas, en el numeral 32 de dicho artículo, las referidas a la *“legislación en materia penal, penitenciaria, de procedimientos (...).”*

Por lo que respecta a la segunda limitación, el artículo 211 constitucional dispone:

La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado o magistrada del

Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral Republicano; los y las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los y las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el Reglamento de la Asamblea Nacional.

Ahora bien, es un principio constitucional fundamental que las regulaciones de los derechos y garantías constitucionales solo pueden ser establecidas por ley “formal”, entendida ésta como el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, de acuerdo a lo previsto el artículo 202 de nuestra Carta Magna, lo que implica que, de acuerdo al principio de la reserva legal, solo la representación popular del pueblo ejercida a través de los diputados electos a la Asamblea Nacional puede regular, restringir o limitar los derechos y garantías constitucionales y legislar en materia de procedimientos. Por tanto, la habilitación legislativa al Presidente de la República para dictar decretos leyes no puede abarcar materias referidas al régimen de los derechos y garantías constitucionales ni al procedimiento para desarrollarlas o hacerlas efectivas dentro del proceso penal.

4.2. El artículo 425 numerales 2, 3, 4, 6 y 7 del Decreto Ley dice:

Artículo 425. Procedimiento para el reenganche y restitución de derechos.

(...) “2.- El Inspector o Inspectora del Trabajo examinará la denuncia dentro de los dos días hábiles siguientes a su presentación, y la declarará admisible si cumple con los requisitos establecidos en el numeral anterior. Si queda demostrada la procedencia del fuero o inamovilidad laboral, y existe la presunción de la relación de trabajo alegada, el Inspector o la Inspectora del Trabajo ordenará el reenganche y la restitución a la situación anterior, con el pago de los salarios caídos y demás beneficios dejados de percibir. Si hubiese alguna deficiencia en la solicitud o documentación que la acompaña, convocará al trabajador o a la trabajadora para que subsane la deficiencia.

3.- Un funcionario o funcionaria del trabajo se trasladará inmediatamente, acompañado del trabajador o la trabajadora afectado o afectada por el despido, traslado o desmejora, hasta el lugar de trabajo de éste o ésta, y procederá a notificar al patrono, patrona o sus representantes, de la denuncia presentada y de la orden del Inspector o Inspectora del Trabajo para que se proceda al reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, así como al pago de los salarios caídos y demás

beneficios dejados de percibir.

4.- El patrono, patrona o su representante podrá, en su defensa, presentar los alegatos y documentos pertinentes. En la búsqueda de la verdad, el funcionario o la funcionaria del trabajo deberá ordenar en el sitio y en el mismo acto cualquier prueba, investigación o examen que considere procedente, así como interrogar a cualquier trabajador o trabajadora y exigir la presentación de libros, registros u otros documentos. La ausencia o negativa del patrono, patrona o sus representantes a comparecer en el acto dará como válidas las declaraciones del trabajador o trabajadora afectado o afectada. El funcionario o funcionaria del trabajo dejará constancia en acta de todo lo actuado (...)

6.- Si persiste el desacato u obstaculización a la ejecución del reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, será considerada flagrancia y el patrono, patrona, su representante o personal a su servicio responsable del desacato u obstaculización, serán puestos a la orden del Ministerio Público para su presentación ante la autoridad judicial correspondiente.

7.- Cuando durante el acto, no fuese posible comprobar la existencia de la relación de trabajo alegada por el o la solicitante, el funcionario o funcionaria del trabajo informará a ambas partes el inicio de una articulación probatoria sobre la condición de trabajador o trabajadora del solicitante, suspendiendo el procedimiento de reenganche o de restitución de la situación jurídica infringida. La articulación probatoria será de ocho días, los tres primeros para la promoción de pruebas y los cinco siguientes para su evacuación. Terminado este lapso el Inspector o Inspectora del Trabajo decidirá sobre el reenganche y restitución de la situación jurídica infringida en los ocho días siguientes.”

El articulado transcrito regula el procedimiento que, para lograr la restitución su derecho al empleo, debe seguir ante la Inspectoría del Trabajo un trabajador amparado por fuero sindical o inamovilidad laboral que haya sido despedido, trasladado o desmejorado. El problema constitucional se encuentra en algunas contradicciones de este artículo con el derecho a defensa consagrado por la Constitución en su artículo 49, que dice:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le

investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.
3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.
4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.
5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.
7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.
8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Este artículo es desconocido por el mencionado artículo 425, ya que hasta el momento en que se produce el reenganche automático el patrono no ha sido notificado del procedimiento, no ha accedido a prueba alguna, no ha podido controlar las presentadas por el trabajador ni presentar sus propias pruebas. Se le obliga, so pena de incurrir en una sanción pecuniaria o en una causal para la aplicación de una pena privativa de libertad, a dar cumplimiento a una orden la cual se ha gestado sin su más mínima participación procedimental, es decir, a sus espaldas. Se presume la culpabilidad del patrono en el despido por cuanto se le da curso al reenganche sin haberle escuchado, impidiéndole la posibilidad de negar pura y simplemente la inexistencia de una relación laboral, la existencia de un contrato a tiempo determinado ya vencido o para una obra determinada ya ejecutada, o de demostrar algún otro elemento que haga decaer el procedimiento, como lo sería la caducidad de la solicitud, o lo haga inadmisibles, como lo sería la renuncia del que fuera trabajador, el abandono del trabajo por parte de éste o que hubiese recibido la indemnización de despido prevista en el artículo 92 de la Ley, la cual impide el procedimiento.

El muy limitado el derecho de defensa que pudiera tener el patrono ante la solicitud e reenganche que le fue presentada depende de una apreciación unilateral que toma el Inspector del Trabajo. En efecto, corresponde al Inspector el determinar si queda o no demostrada la procedencia del fuero o inamovilidad laboral y si existe la presunción de la relación de trabajo alegada. En caso afirmativo, el Inspector ordenará el reenganche y pago de salarios caídos, sin haber oído al patrono ni permitir que ejerza adecuadamente su derecho a la defensa. El funcionario puede proceder a ordenar de manera automática el reenganche, restitución y sus efectos consecuenciales. Solo cuando durante el acto de ejecución de la orden de reenganche *“no le fuese posible comprobar la existencia de la relación de trabajo alegada por el o los solicitantes”*, lo cual, como hemos dicho, constituye una apreciación discrecional del funcionario, abrirá una articulación probatoria sobre la condición de trabajador del solicitante. Es decir, el patrono solo podrá defenderse cuando el funcionario del trabajo lo estime procedente. Pero, por otra parte, se trata de un derecho a la defensa limitado a probar que el solicitante no es trabajador suyo, ya que de acuerdo al texto legal que comentamos no puede discutirse un hecho diferente a la inexistencia de la relación de trabajo que pudiera determinar la improcedencia del reenganche. Ese limitado derecho, solo podrá ejercerlo el patrono cuando el funcionario del trabajo lo estime procedente. El derecho a la defensa del patrono es menguado no solo por lo restrictivo de los alegatos que se le permiten -inexistencia de la

relación de trabajo-, sino por las circunstancias en que se produce. Se trata de una defensa sumarial, vertiginosa, que debe ejercerse *in situ*, debiendo el patrono ofertar, promover o producir en segundos alguna prueba que se considere pertinente, lo cual puede resultar materialmente imposible ya que es probable que el patrono o su representante que esté atendiendo al funcionario no tenga, en ese preciso instante, acceso a la información requerida. Además, y sobre la marcha de la estructuración de una defensa, el patrono deberá atender la orden de evacuación de cualquier prueba que el funcionario administrativo considere, la cual deberá entregarse inmediatamente. Resulta obvia la inconstitucionalidad del referido artículo 425, ya que el patrono no tiene el tiempo adecuado para estructurar una defensa razonable, como lo ordena el artículo constitucional.

4.3. Los artículos 425, numeral 9, 363, 513 ordinal 7 y 550 establecen:

Artículo 425. Procedimiento para el reenganche y restitución de derechos.

(...) 9.- En caso de reenganche, los tribunales del trabajo competentes no le darán curso alguno a los recursos contenciosos administrativos de nulidad, hasta tanto la autoridad administrativa del trabajo no certifique el cumplimiento efectivo de la orden de reenganche y la restitución de la situación jurídica infringida.

Artículo 363. Procedimiento ante prácticas antisindicales.

El Inspector o Inspectora del Trabajo, al tener conocimiento de la existencia de prácticas antisindicales verificará la existencia de las mismas dentro de las setenta y dos horas siguientes de conocidos los hechos. De comprobarse la existencia de prácticas antisindicales, se ordenará inmediatamente el cese de las mismas y el Inspector o Inspectora del Trabajo tendrá cinco días para emitir la Providencia Administrativa correspondiente. El incumplimiento de la orden será sancionado conforme a las previsiones establecidas en esta Ley y no tendrá apelación ante la instancia judicial hasta luego de su cumplimiento.

Artículo 513. Procedimiento para atender reclamos de trabajadores y trabajadoras.

(...) 7.- La decisión del inspector o inspectora del trabajo que resuelva sobre cuestiones de hecho, dará por culminada la vía administrativa y solo será recurrible por vía judicial previa certificación del inspector o inspectora del trabajo del cumplimiento de la decisión.

Artículo 550. Consignación o afianzamiento de la multa para recurrir.

No se oír el recurso mientras no conste haberse consignado o afianzado satisfactoriamente el valor de la multa.

Estos artículos entran en franca contradicción con el espíritu, propósito y razón del artículo 26 constitucional, que dice:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

En efecto, en relación con el numeral 9 del artículo 425, se debe señalar que, para poder acceder a controlar la decisión del inspector del trabajo que decida acerca de un reenganche o de una restitución de derechos, se exige en el referido numeral que se dé cumplimiento a lo decidido y que luego de eso sea certificado por la autoridad administrativa del trabajo. Los tribunales del trabajo competentes le podrán dar curso a la demanda de nulidad contenciosa administrativa que sea introducida por el patrono condenado al reenganche o la restitución de derechos, o por el trabajador que no viera satisfecha en su totalidad los términos en que fue pretendido el reenganche o la restitución de derechos.

Es igualmente inconstitucional el numeral 9 del artículo 425 artículo del DLOTTT, por cuanto el mismo atenta contra lo dispuesto en el artículo 26 del texto constitucional dado que se colocan impedimentos, cortapisas, alcabalas para poder acceder a los órganos de administración de justicia -representados tal y como lo reseña el propio numeral por los tribunales del trabajo que conocen de la materia contenciosa administrativa- para hacer valer sus derechos e intereses, a la tutela judicial de los mismos y a obtener con prontitud la decisión judicial correspondiente.

En el mismo vicio incurren el artículo 363 y la parte final del numeral 7 del artículo 513 del DLOTTT, por cuanto ambos dispositivos exigen el cumplimiento o agotamiento previo de un requisito para poder acceder a la jurisdicción. En el caso del artículo 363 del DLOTTT, el cumplimiento de una orden, con la cual el empleador puede ser que no esté de acuerdo en entender como práctica antisindical la acción desplegada por él pero igual deberá cumplir la orden, para luego poder recurrirla; o, en el caso del numeral 7 del artículo 513 del DLOTTT, el cumplimiento previo de la orden emanada dentro del procedimiento de reclamo, la cual pudiera ser entendida por el empleador como ilegal o injusta. En ambos casos se exige su cumplimiento, y en el último se exige hasta una certificación de tal, para poder acceder a la jurisdicción.

Es de señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de

Justicia, al revisar normas similares a las que acabamos de referir, dejó establecido que era vinculantemente innecesario consignar o afianzar el valor de la multa para que la misma pudiese ser recurrida ante la Justicia. En efecto, en sentencia de esta Sala Constitucional número 379 de fecha 07-03-07 expediente 06-1488 se señaló lo siguiente:

“Así pues, se advierte del artículo 650 eiusdem, establece como requisito de admisibilidad de los recursos administrativos un solve et repete, es decir, que en primer lugar el afectado por la imposición de la multa, previa interposición del recurso jerárquico, deberá afianzar o consignar el pago para proceder a la impugnabilidad de la misma, requisito el cual por demás demuestra, la falta de conocimiento del órgano jurisdiccional del mérito y trámite procedimental de la sanción interpuesta y su legitimidad y, en segundo lugar, deja patente la evidente inconstitucionalidad que acarrea el establecimiento de tal requisito, el cual impide el acceso de los ciudadanos a los órganos de administración de justicia (...)”.

“(...) De conformidad con lo expuesto, esta Sala advierte que el artículo 650 de la Ley Orgánica del Trabajo debe ser interpretado en el sentido de que se admita el acceso a la vía administrativa previa, sin la necesidad de constitución o afianzamiento del valor de la multa, y que el pago o afianzamiento de la misma debe ser entendido en el sentido de la exigencia establecida en el artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para suspender la multa”(...).

“(...)Sin embargo, debe esta Sala advertir que la expresa consagración en el presente fallo, de la existencia de la modalidad de suspensión de los efectos del acto por la vía de la caución o afianzamiento, no excluye la posibilidad de que dicha suspensión pueda ser obtenida por el recurrente a través de otros mecanismos legales existentes en el ordenamiento jurídico, razón por la cual, esta Sala en aras de la celeridad consustancial a la tutela judicial cautelar efectiva, establece con carácter vinculante: i) el acceso a la vía administrativa previa, sin la necesidad de constitución o afianzamiento del valor de la multa, y ii) que el pago o afianzamiento de la misma debe ser entendido como requisito suficiente para proceder a la suspensión de los efectos de la multa interpuesta, mientras se decide el recurso jerárquico”.

Es lógico pensar que, aplicando los mismos criterios empleados en esta sentencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia podría declarar la inconstitucionalidad de los artículos analizados en este literal.

5. CONCLUSIONES

El examen realizado a las normas vigentes en materia de estabilidad e inamovilidad laboral en Venezuela nos permite concluir que las mismas no solo son extremadamente rígidas sino que presentan una situación de anomalía, pues las normas legislativas que regulan el sistema de estabilidad laboral han sido sustituidas por Decretos Ejecutivos de duración “temporal”, pero que vienen rigiendo ininterrumpidamente desde hace 13 años, y que determinan que se aplique a la casi totalidad de la población laboral dependiente -solo se excluye a los trabajadores a tiempo indeterminado que tengan menos de un mes prestando servicios y a los empleados de dirección- un régimen de inamovilidad que está concebido no para todo tipo de trabajadores, sino para casos específicos que suponen una protección particular para trabajadores que se encuentran en ejercicio de una función sindical o en situaciones individuales de especial vulnerabilidad.

Pero el sistema analizado no solo es anómalo sino que, como se ha visto con detalle, es en muchos aspectos contrario a los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y al acceso a la justicia.

LA CONSTRUCTION D'UN « DROIT DU LICENCIEMENT » EN FRANCE

Antoine Jeammaud*
Antoine Lyon-Caen**

SUMARIO

1. Réduire la pratique du licenciement. 2. Favoriser le reclassement des salariés.

Dans l'un de ses ouvrages, Francisco Walker Errázuriz souligne que les normes juridiques régissant la cessation de la « relation de travail » peuvent viser, soit à stabiliser l'emploi du travailleur salarié, conformément à l'orientation de ce qu'il dénomme « le Droit du travail classique », soit à assurer la liberté de l'employeur de rompre ce rapport. Il observe que, dans les systèmes juridiques dont il a connaissance, l'une ou l'autre de ces tendances domine sans être exclusive, et que le droit de son pays tend à une « stabilité relative » du travailleur⁴¹⁸. Sans doute faut-il voir là une illustration de ce que nombre d'auteurs latino-américains tiennent volontiers, à la suite d'Américo Plá Rodríguez, pour l'un des « principes du droit du travail », compris comme « principes inspirateurs » ou idées maîtresses de cette branche: le « principe de la continuité de la relation de travail »⁴¹⁹. Le Code du travail chilien, dans sa version en vigueur,

* Antoine Jeammaud antoinejeammaud@orange.fr Ancien professeur à l'Université Lumière de Lyon;

** Antoine Lyon-Caen, alyoncaen@gmail.com, Professeur émérite à l'Université Paris-Ouest, Nanterre, La Défense.

Présidents honoraires de l'Association française de droit du travail. *Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo* (avec la collaboration de R. Liendo Roa), Editorial Universitaria, Santiago, 2003, p. 366 et suiv.

419 Walker Errázuriz, Francisco, *Derecho de las Relaciones Laborales*, précité, p. 96.

affiche cet objectif de « stabilité dans l'emploi » dans l'intitulé même d'une division de son livre Ier (« De la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo »).

On ne trouve rien de tel dans le Code du travail français. D'ailleurs, certains n'auraient pas manqué de juger paradoxal l'apparition de l'expression « stabilité dans l'emploi » apparaisse dans cet instrument à l'occasion de la recomposition –la « recodification à droit constant»– dont il a naguère fait l'objet⁴²⁰. En effet, l'évolution du droit français depuis une trentaine d'années a été marquée par une certaine « flexibilisation » du cadre juridique du travail salarié, même si cette orientation s'est surtout manifestée dans le régime du temps de travail. En revanche, de la fin du XIX^{ème} siècle aux années 80 XX^{ème}, *nette a été la tendance à la stabilisation de la condition du salarié à travers celle du contrat par lequel il accède à un emploi*. Elle a contribué à l'avènement de la « société salariale »⁴²¹, en offrant aux salariés une relative stabilité, qui contraste avec la précarité jadis inhérente à leur condition juridico-économique. Mais cette orientation, aujourd'hui menacée et à laquelle certains reprochent vigoureusement de « rigidifier le marché du travail », apparaît plutôt dans le détail du Code du travail et de l'importante composante jurisprudentielle de ce droit⁴²². Ainsi faut-il, pour en prendre la mesure,

420 Un premier Code du travail avait été composé par trois lois promulguées entre 1912 et 1927, reprenant et mettant en ordre les dispositions de la plupart des « lois sociales » adoptées depuis le milieu du siècle précédent. Un nouveau code, procédant aussi d'une « codification (ou recodification) à droit constant », l'a remplacé en 1973. Ce second code a fait l'objet d'une nouvelle opération de réécriture partielle et remise en ordre des dispositions. Son texte ainsi reconfiguré est en vigueur depuis le 1^{er} mai 2008. Voir: Jeammaud, Antoine, « *La codificación en derecho del trabajo: pragmatismo e ilusiones* », *Revista de Derecho laboral y Seguridad social*, Vol. III, n° 2, Año 2015, p. 13 et suiv.

421 Selon la formule du sociologue Robert Castel (*Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Gallimard, Paris, 1999).

422 Si le droit français issu du bouleversement révolutionnaire de 1789 conserve la réputation d'un droit fortement « légicentré », la contribution des juridictions suprêmes (Cour de cassation pour l'ordre judiciaire, Conseil d'État pour l'ordre administratif, Tribunal des conflits chargé de régler les conflits de compétence entre les deux ordres de juridictions, Conseil constitutionnel) à la composition du droit en vigueur est considérable. Cette contribution est, d'une part, fixation de la signification des dispositions du discours législatif et de la portée des normes ainsi signifiées – donc produit d'une activité d'interprétation – et, d'autre part, consécration de normes qui ne sont pas les significations d'énoncés de ce discours. Une contribution qu'aucune disposition constitutionnelle ou législative ne reconnaît ou n'évoque, et une contribution toujours précaire, tant est banal le « revirement de jurisprudence ». Ce droit français, que l'on pourrait croire purement législatif et réglementaire, illustre donc la figure du « droit vivant », du *diritto vivente* des Italiens (ce n'est pas ce sens qu'attribue à l'expression l'auteur français auquel Francisco Walker E. signale l'avoir l'empruntée). Sur la jurisprudence comme mode de production de normes positives du droit de la République française, dans le domaine du régime des relations du travail en particulier,

s'attacher aux dispositions du titre « Rupture du contrat de travail à durée indéterminée » du code, telles qu'interprétées ou complétées par la Cour de cassation, mais aussi aux dispositions régissant le contrat de travail à durée déterminée ou le contrat de travail temporaire et d'autres contrats de « mise à disposition » d'un salarié.

C'est en effet à partir de la distinction du contrat à durée indéterminée et d'autres espèces contractuelles que doivent être décrites et que peuvent s'apprécier les conditions de cessation du contrat de travail. Le régime du premier de ces contrats a longtemps évolué dans le sens d'une stabilisation de la situation du salarié, et le contrat à durée déterminée comme le contrat de travail temporaire, ont été inventés pour offrir aux employeurs des facultés d'embaucher de la main d'œuvre sans recourir à un contrat dont la rupture était encadrée par des règles accusées de stabiliser à l'excès la situation du salarié. L'actuelle variété des espèces de contrats de travail doit beaucoup à l'évolution du régime de la rupture du contrat à durée indéterminée –essentiellement de sa rupture par volonté unilatérale de l'employeur– ou à la représentation que l'on pouvait en avoir et que cultivent encore certains milieux patronaux ou les partisans d'une croissante libéralisation de l'économie.

La distinction du contrat de travail à durée indéterminée et de ceux que l'on qualifie aujourd'hui de « contrats précaires » a pourtant mis quelque temps à acquérir son relief actuel. Le Code civil de 1804 avait repris du *Traité du contrat de louage* de Robert-Joseph Pothier, jurisconsulte majeur du dernier siècle de l'Ancien régime, la distinction de deux catégories de louages –celui des choses et celui de l'ouvrage– et l'idée que les services d'un homme libre ⁴²³ étaient, au même titre qu'une maison ou un bien meuble, au nombre des choses susceptibles d'être louées. Mais Pothier avait traité ce louage de services de manière fort sommaire, au motif qu'il s'agissait là d'une « affaire de police » relevant des règlements administratifs et corporatifs. Ce qui expliquerait le laconisme et la relative confusion des dispositions du Code civil en la matière ⁴²⁴. En effet, dans une énumération des « espèces particulières » du « louage des choses » puis du « louage d'ouvrage » – « contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles », selon l'article 1710 – l'article

voir: Pélissier, Jean, Supiot, Alain, Jemmaud, Antoine, *Droit du travail*, 22^e éd., Dalloz, Paris, 2004, n° 63 et suivants.

423 Mais seulement, précisait Pothier, « les services ignobles et appréciables à prix d'argent (...), tels ceux des serviteurs et servantes, des manœuvres, des artisans... ».

424 Bry, Georges, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Larose éd., Paris, 1895, p. 48 ; Camerlynck, Guillaume-Henri, *Le contrat de travail*, 2^e édition, Dalloz, Paris, 1982, n° 2, n° 5 et suivants.

1711 mentionne « le louage du travail ou du service ». Ce dernier contrat se trouve ensuite traité dans un chapitre intitulé « Du louage d'ouvrage et d'industrie » - où il est aussi dénommé « louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un » et « louage des domestiques et ouvriers »⁴²⁵ - qui ne comporte que deux courts articles. Dont un article 1780 ainsi rédigé: « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ». Née de la volonté de prévenir le retour des servitudes personnelles perpétuelles de l'Ancien régime, proches du servage, bannies par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen d'août 1789 et la Révolution, cette disposition a été comprise comme une prohibition de l'engagement à vie mais non de l'engagement pour une durée ou une tâche déterminée, et fondant chacun des contractants, en l'absence d'une telle détermination, à rompre le contrat par décision unilatérale. Rapprochée d'autres dispositions du Code, cette règle allait convaincre la Cour de cassation de la positivité d'une norme plus générale: le principe de la prohibition des engagements perpétuels.

Dans la pratique du recours au travail d'autrui, qui n'a cessé de s'étendre au cours du siècle de la révolution industrielle, la distinction entre « louage de services » et « louage d'ouvrage » n'a pas toujours été claire. En 1895, l'auteur d'un des premiers ouvrages de « législation industrielle » proposait la distinction suivante: le « louage de services » est celui par lequel « l'ouvrier s'oblige à travailler pour un temps sous les ordres d'un entrepreneur » et voit son salaire fixé suivant le temps de travail, parce qu'il est engagé (« embauché ») pour un temps déterminé (une journée, un mois, une année) ou indéterminé (l'auteur qualifie cet « ouvrier » de « salarié »), tandis que le « louage d'ouvrage » a pour objet un travail dont le prix est fixé « d'après l'ouvrage convenu et non d'après la durée du travail », « l'ouvrier » étant ainsi payé « à la tâche, aux pièces ou à façon »⁴²⁶. Au demeurant, l'intérêt de la qualification du contrat liant l'ouvrier ou l'employé restait limité, dès lors que le régime propre du louage de services se limitait à la règle de l'article 1780 et que la Cour de cassation excluait que la rupture du contrat à durée indéterminée par « le patron » pût être abusive et exposer son auteur au paiement de

425 Une loi de 2009 a modernisé cette terminologie en substituant à ces dénominations celle de « louage de service ».

426 Bry, Georges, précité, p. 49 et suivantes. L'auteur dénommait « louage de travail ou contrat de salaire » (p. 48) ce « louage d'ouvrage » au sens large (celui de l'article 1710) recouvrant « louage de services » et « louage d'ouvrage proprement ». Dans la sixième édition de son ouvrage (*Les lois du travail industriel et de la prévoyance sociale. Législation ouvrière*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1921), entièrement revue par E.-H. Perreau, il n'est plus question de « louage de travail » mais de « contrat de travail en général » (n° 76 et suivants).

dommages et intérêts.⁴²⁷

La clarification n'allait pas venir de deux lois adoptées en 1890 au terme de longs débats. La loi du 2 juillet, principalement consacrée à l'abrogation des textes imposant le livret ouvrier, comportait un article 2 ainsi rédigé: « Le *contrat de louage d'ouvrage* entre les chefs ou directeurs des établissements industriels et leurs ouvriers est soumis aux règles du droit commun, et peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter ». Celle du 27 décembre « sur le contrat de louage de service » ajoutait à l'article 1780 du Code civil plusieurs alinéas, dont le premier disposait: « Le *contrat de louage de service*, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts ». Mais une controverse surgissait, à la même époque, sur la dénomination adéquate du contrat en question: ne convenait-il pas de l'appeler plutôt « contrat de travail » ? Cette dernière expression allait être retenue par la loi de 1910 composant le livre Ier du (premier) Code du travail – sans toutefois s'accompagner d'une définition légale de cette convention – puis se diffuser dans les textes législatifs, les décisions de justice, la littérature savante, mais sans se substituer à celle de « louage de services »⁴²⁸. Les deux appellations devaient cohabiter dans ce code lui-même, et c'est en 1973 seulement que « contrat de travail » a conquis l'exclusivité dans le langage du second Code du travail.⁴²⁹

427 Ainsi peut-on lire dans un arrêt rendu le 5 février 1872 par la Chambre civile de la Cour de cassation: « Attendu que nul n'est en faute et passible de dommages-intérêts, s'il n'a fait qu'user de son droit ; Attendu qu'il est de principe que le louage de services, sans détermination de durée, peut toujours cesser par la libre volonté de l'un ou l'autre des contractants, en observant toutefois les délais de congé commandés par l'usage, ainsi que les autres conditions expresses ou tacites de l'engagement. » (Pélessier, Jean, Lyon-Caen, Antoine, Jeammaud, Antoine, Dockès, Emmanuel, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, Paris, 2008, n° 105).

428 Ce livre Ier s'intitulait « Des conventions relatives au travail » et son titre II était consacré au « contrat de travail ». Mais, si ce titre s'ouvrait par un article reprenant à peu près l'article 2 de la loi du 2 juillet 1890 en remplaçant « louage d'ouvrage » par « contrat de travail », son chapitre II était intitulé « Du louage de services » et comportait des articles, ou allait s'enrichir au fil des réformes législatives de dispositions, employant indifféremment les deux dénominations.

429 Article 1^{er} de la loi du 13 juillet 1973 réformant le régime du licenciement: « Dans le code du travail, l'expression 'contrat de travail' est substituée à l'expression 'louage de services' ». Ce code était celui entré en vigueur le 2 janvier précédent. Sur la construction du contrat de travail en droit français notamment, voir: Álvarez de la Rosa, Manuel, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, 2a ed. Comares, Granada, 2014 ; Jeammaud, Antoine, « *Desde el arrendamiento de servicios del Código civil napoleónico hasta el contrato de trabajo del vigente derecho francés* », in Rojas Rivero, Gloria, coord., *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Bomarzo, Albacete, 2012, p.

Retenons que les dispositions introduites en 1890 dans l'article 1780 du Code civil, reprises en 1910 dans l'article 23 du livre Ier du tout nouveau Code du travail, ont donné du relief à la distinction du contrat de travail à durée indéterminée (« fait sans détermination de durée ») et de celui conclu pour une durée déterminée, qui peut être une période de temps (la journée, une semaine, un mois, une année, etc.) ou la durée d'exécution d'une tâche déterminée. La première phrase du nouveau texte – « Le contrat de louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractants » – confirmait une faculté de résiliation unilatérale qui découlait déjà de l'article 1780 initial. Mais la deuxième phrase, introduite en 1890, ouvrait à une éventuelle condamnation à indemniser le préjudice causé au cocontractant par l'exercice de cette faculté.

Ces dispositions traitaient également employeur et salarié, sans distinguer selon l'auteur de l'acte unilatéral de résiliation, dénommé « congé ». Elles ne précisaient pas dans quel cas cet auteur encourait une condamnation à indemniser son ancien cocontractant. La portée de l'innovation législative allait ainsi dépendre de l'interprétation judiciaire de l'énoncé « la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants *peut donner lieu* à des dommages-intérêts » et de la manière dont les tribunaux allaient mettre en œuvre la règle ainsi signifiée. En admettant que la résiliation du contrat, notamment le congédiement du salarié par l'employeur, pouvait être constitutive d'un abus de droit et entraîner condamnation à indemniser, la Cour de cassation a entrepris d'encadrer cet acte unilatéral. *L'incitation à réduire la pratique de ce mode de rupture, plus tard dénommé « licenciement » (despido), s'est renforcée* à partir des années 70 (I). Mais lorsque la dégradation constante de la situation de l'emploi, à travers la banalisation des licenciements liés à des crises, des restructurations, des bouleversements de stratégie d'entreprise, ou à des opérations financières, a convaincu qu'était en cours un profond changement de l'appareil productif et des marchés du travail, l'objectif du « droit de l'emploi » a été partiellement modifié. Pouvoirs publics et représentants des intérêts économiques comme du monde du travail se sont attaché, dans un contexte de relations marquées par les tensions ou les conflits plus que par la convergence des doctrines et la recherche de l'accord le plus large, à imaginer des *dispositifs juridiques visant à favoriser des reconversions et reclassements des salariés privés de leur emploi* au moindre coût social possible (II).

47 et suivantes.

I. REDUIRE LA PRATIQUE DU LICENCIEMENT

Que le « renvoi » (terme populaire longtemps utilisé) d'un salarié puisse être jugé abusif devait tempérer la propension de nombre de « patrons » à évincer les salariés dont ils pouvaient se lasser, qui pouvaient leur paraître incompetents, insuffisamment diligents ou perturbateurs, ou encore leur déplaire par leurs idées, leurs sympathies syndicales, voire leur vie privée, ou dont ils n'avaient ou estimaient n'avoir plus besoin pour cause d'arrêt ou de changement d'activité. En encadrant plus étroitement cette rupture du contrat à durée indéterminée, et d'abord en subordonnant le licenciement à l'existence d'une « cause réelle et sérieuse », des réformes législatives de 1973 et 1975 ont affirmé cette orientation (A), confortée par une interprétation jurisprudentielle de ce *corpus* normatif que l'on peut qualifier de « progressiste » (B) et qui a notamment veillé à la défense de son domaine d'application (C).

A. De la sanction de l'abus à l'exigence de justification du licenciement.

a) Dès la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, des cours d'appel avaient jugé que l'absence de « justes motifs » de rupture d'un louage de services conclu sans détermination de durée fondait la condamnation de l'employeur à payer des dommages-intérêts à l'ouvrier ou l'employé congédié. Position audacieuse en l'absence de toute base textuelle dans l'article 1780 du Code civil ! Elle allait être condamnée en 1872 par la Cour de cassation⁴³⁰, celle-ci subordonnant implicitement la condamnation du patron à la preuve d'une faute commise par lui dans sa décision de « renvoyer » le salarié, ou à l'occasion de cette décision, et constitutive d'un abus dans l'exercice d'une liberté de rompre assurée par l'article 1780 dans sa version de 1804⁴³¹. Rien n'allait changer avec la loi du 27 décembre 1890, confirmant que ce louage fait sans détermination de durée pouvait toujours « cesser par la volonté d'une des parties contractantes » mais précisant que cette résiliation pouvait « donner lieu à des dommages-intérêts ». Pour la Cour de cassation, en effet, toute condamnation à indemnisation allait rester subordonnée à la preuve, par l'ancien salarié demandeur d'indemnité, d'un abus

430 Arrêt précité note 10.

431 En admettant qu'un abus puisse être relevé dans l'exercice de cette faculté de rompre, avant de reconnaître quelques années plus tard (le premier arrêt est de 1902) que l'usage du droit de propriété lui-même puisse être abusif, la Cour de cassation a fait apparaître un principe du droit français, dont la positivité n'est plus discutée bien qu'il n'ait jamais été législativement consacré: celui selon lequel l'exercice abusif d'un droit n'est pas protégé et constitue une faute.

commis par l'employeur. Toutefois, elle devait bientôt considérer que, si l'intention de nuire caractérisait l'abus, celui-ci pouvait aussi être constitué par une légèreté blâmable dans la décision de rompre. Plus tard, elle allait juger abusif le congédiement motivé par les opinions, par l'engagement syndical, par un fait de la vie privée du salarié, ou bien accompagné d'insultes, de violences ou de circonstances humiliantes.

Une loi du 19 juillet 1928 aurait pu bouleverser cet encadrement élémentaire du congédiement. Certes, elle n'imposait pas le respect d'un « délai-congé », c'est-à-dire d'un délai entre la notification de la rupture et la fin de l'exécution du contrat, et renvoyait sur ce point aux usages locaux ou professionnels ou à la convention collective applicable. Mais, en consacrant la figure jurisprudentielle de la « résiliation abusive du contrat par la volonté d'une des parties contractantes » - l'abus pouvait être relevé dans la démission donnée par le salarié - elle invitait « le tribunal » éventuellement saisi à enquêter sur les circonstances de la rupture et lui prescrivait de mentionner dans son jugement « le motif allégué » par l'auteur de cette rupture. Ne pouvait-on en déduire que tout congédiement devait être motivé et que, si le salarié réclamait en justice des dommages-intérêts pour congédiement abusif, il n'avait pas la charge de prouver l'abus ? La Cour de cassation allait pourtant maintenir, pour l'essentiel, le régime édifié par elle: il incombait au salarié dénonçant un congédiement abusif de convaincre « le tribunal »⁴³² de l'abus commis par l'employeur. Et, de jurisprudence constante, l'existence d'une faute, même légère, du salarié, excluait tout abus⁴³³. Une loi de 1958 a ensuite introduit un certain formalisme, inspiré des dispositions de nombreuses conventions collectives, en imposant, en cas de licenciement - terme progressivement substitué à « congédiement » - une notification de la décision patronale par lettre recommandée adressée au salarié et un délai-congé d'une durée minimale. C'est aussi en s'inspirant de dispositions conventionnelles qu'une ordonnance du 13 juillet 1967 a prévu le versement à tout salarié licencié alors qu'il compte au moins

432 C'est-à-dire le conseil de prud'hommes, juridiction élective et paritaire (la formation de jugement se compose de deux conseillers prud'hommes élus par les employeurs ou leurs représentants, et de deux conseillers élus par les salariés), exclusivement compétent pour connaître des différends entre un salarié, ou ancien salarié, et son employeur ou ancien employeur. Depuis 1958, l'appel des jugements prud'homaux est porté devant la cour d'appel, juridiction civile de second degré, composée de magistrats professionnels et toujours dotée d'une chambre sociale. En parlant des « juridictions prud'homales » on vise, à la fois, conseils de prud'hommes et chambres sociales des cours d'appel.

433 Camerlynck parlait d'une « conception civiliste classique du licenciement, libre faculté de résiliation unilatérale », à laquelle il opposait une « nouvelle notion originale de licenciement perte d'emploi, relevant du statut du travailleur à l'intérieur de l'entreprise » (*Le contrat de travail*, précité, n° 316 et suivants).

deux années d'ancienneté, même sans abus de la part de l'employeur et sauf si ce dernier lui reproche une « faute grave », d'une « indemnité minimum de licenciement ».

b) La loi « modifiant le Code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée », adoptée par une majorité parlementaire de droite ⁴³⁴, et promulguée le 13 juillet 1973, a constitué la pièce majeure de ce que l'on a justement appelé « le nouveau droit du licenciement » ⁴³⁵. Depuis cette loi, régimes du licenciement par l'employeur et de la démission (*renuncia*) du salarié, ces deux espèces de la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée, diffèrent clairement, alors que les deux actes, avant 1973, étaient seulement susceptibles d'un abus qu'il incombait à l'ancien cocontractant d'établir. Depuis cette réforme, tout licenciement doit avoir une « cause réelle et sérieuse », et ne peut être prononcé qu'à l'issue d'une procédure marquée par un entretien préalable avec le salarié, puis une notification formelle de la décision de licencier. En cas de contentieux, la charge de la preuve de l'existence ou de l'absence de cause réelle et sérieuse ne pèse sur aucune des deux parties. Si la juridiction prud'homale estime le licenciement injustifié, elle peut proposer (mais non imposer) la reprise d'exécution du contrat et, à défaut, condamner l'employeur au paiement d'une indemnité (c'est-à-dire des dommages-intérêts) pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dont le code fixe le montant minimum. Ce régime, toutefois, est allégé pour les employeurs occupant moins de onze salariés et pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté.

À la même époque, une loi du 3 janvier 1975, s'inspirant d'un accord national interprofessionnel « sur la sécurité de l'emploi » conclu en 1969 entre organisations patronales et confédérations syndicales de salariés, puis d'un accord de 1974 sur l'indemnisation des salariés licenciés pour motif économique, a introduit dans le Code du travail un corps de dispositions propres au licenciement prononcé pour un tel motif. Depuis lors, on peut distinguer deux corps de règles dans le droit français du

434 Droite gaulliste et droite libérale (dont le leader était V. Giscard d'Estaing) dominant l'Assemblée nationale depuis les élections législatives de juin 1968). Le ministre chargé du Travail et de l'Emploi dans le Gouvernement dirigé par P. Messmer, et chargé de défendre le projet de loi, appartenait à la petite frange des « gaullistes de gauche ».

435 Pélissier, Jean, *Le nouveau droit du licenciement*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1980. Pour Camerlynck, la loi de 1973 a consacré la conception du licenciement qu'il opposait à la « conception civiliste » (note précédente). Une conception que Jean-Claude Javillier avait qualifiée de « statutaire » par opposition à une « conception contractuelle » (*Droit du travail*, LGDJ, Paris, 1981, n° 301). Cette perception est supportée par une représentation idéalisée et théoriquement infondée (selon nous) du droit du travail comme « branche autonome » s'opposant au « droit civil ».

licenciement: un *droit commun* et un *régime particulier du licenciement pour motif économique*, constitué par quelques règles particulières cette espèce de rupture ou dérogeant à celles du droit commun (notamment sur le plan de la procédure de préparation et de communication de la décision patronale)⁴³⁶.

Ces dispositions légales ont subi maintes modifications –en 1986, 1989, 1993, 2002, 2003, 2005, 2008, 2013– au gré, le plus souvent, de changements politiques, c’est-à-dire de choix d’une majorité de droite d’introduire plus de flexibilité dans les conditions juridiques d’usage de la force de travail, ou de la volonté d’une majorité de gauche de stabiliser l’emploi des salariés sous contrat à durée indéterminée. Ces réformes successives ont été en partie « négociées », puisque certains changements législatifs et réglementaires ont été préparés par des accords nationaux interprofessionnels dont les organes de l’Etat ont repris la teneur dans le Code du travail ou dans d’autres textes, selon les canons de ce que le langage du droit français (empruntant à celui de l’Union européenne) dénomme aujourd’hui « dialogue social »⁴³⁷. En particulier, deux accords de janvier 2008 et de janvier 2013, signés par une majorité de confédérations de syndicats de salariés, ont ouvert la voie à –et « imposé » politiquement– des réformes significatives des normes gouvernant la rupture du contrat de travail à durée indéterminée (lois du 25 juin 2008, avec une majorité parlementaire de droite, et du 14 juin 2013, avec une majorité de gauche d’ailleurs divisée sur la question). Il n’empêche que, si les textes légaux et réglementaires en vigueur sont beaucoup plus denses et complexes que ceux introduits par les lois de 1973 et 1975, on retrouve dans les dispositions du Code du travail en vigueur, et même s’il n’apparaît pas dans son plan, le dualisme indiqué plus haut: droit

436 Jeammaud, Antoine, *Le licenciement*, Dalloz, Paris, 1993.

437 Depuis une loi du 31 décembre 2007, un article du Code du travail, aujourd’hui inséré dans un Chapitre préliminaire intitulé « Dialogue social », prescrit au Gouvernement de soumettre tout projet de réforme concernant les relations du travail, l’emploi et la formation professionnelle, à une « concertation préalable » avec les organisations syndicales de salariés et d’employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel, en vue de l’ouverture éventuelle d’une négociation entre ces organisations sur l’objet de ce projet. Il s’agit d’assurer une priorité à la négociation par rapport à la législation comme mode de production normative. Si les organisations de travailleurs et d’employeurs s’accordent pour engager une telle négociation, elles indiquent au Gouvernement le délai dont elles ont besoin pour aboutir. En cas d’obtention d’un accord (accord national interprofessionnel), le Gouvernement s’oblige à présenter au Parlement un projet de loi reprenant la teneur de cet accord et si le Parlement, seul investi du pouvoir législatif par la Constitution, est juridiquement maître du contenu de la loi, on imagine mal, politiquement, qu’il ne se conforme pas à la « commune volonté des partenaires sociaux ».

commun du licenciement et régime particulier du licenciement pour motif économique.

B) Une interprétation jurisprudentielle « progressiste »

a) Aujourd'hui, comme avant 1973, la résiliation du contrat à durée indéterminée « à l'initiative du salarié », c'est-à-dire la démission, n'est soumise à aucune condition de forme ou procédure. Le salarié doit la porter à la connaissance de l'employeur en respectant un préavis fixé par la loi (pour certains cas et sans durée minimale à portée générale), la convention collective, l'usage ou le contrat. Le salarié n'est pas tenu d'indiquer la ou les raisons d'une décision, qui peut seulement être jugée abusive par la juridiction prud'homale saisie par l'employeur et entraîner, si ce demandeur convainc les juges de la réalité de cet abus, condamnation du démissionnaire au paiement de dommages-intérêts.

Au contraire, l'employeur qui décide de licencier un salarié doit, quelles que soient l'ancienneté de ce dernier et la taille de l'entreprise, notifier sa décision par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, en respectant un délai de préavis dont le Code du travail fixe la durée minimale. Dans la plupart des cas, il est tenu, avant d'arrêter et notifier sa décision, de suivre une procédure sur laquelle nous allons revenir. Surtout, il doit invoquer une « cause réelle et sérieuse ». C'est dire que le licenciement est aujourd'hui un « acte causé », et non plus un acte unilatéral dans lequel le salarié peut tenter de dénoncer l'exercice abusif de la faculté de rompre: il doit être justifié par un ou plusieurs motifs d'une certaine qualité –sinon pour entraîner la rupture du contrat, car, en règle générale, le licenciement produira cet effet juridique⁴³⁸ – du moins pour mettre l'employeur à l'abri d'une condamnation indemnitaire qui viendrait s'ajouter au paiement d'indemnités légales (assez modestes) dépendant de l'ancienneté du salarié ⁴³⁹. Dans les dispositions de 1973, cette exigence de justification restait implicite et les conditions dans lesquelles le motif de la rupture devait être porté à la connaissance du

438 Voir *infra*.

439 Tout salarié licencié a droit, dès lors que la rupture n'est pas motivée par une faute grave, à un préavis de deux ans s'il justifie de deux ans au moins d'ancienneté chez l'employeur, d'un mois si cette ancienneté est comprise entre six mois et deux ans, et d'une durée fixée par la convention collective, l'usage ou le contrat si son ancienneté est inférieure. Sous la même condition d'absence de faute grave, tout salarié licencié alors qu'il compte une année d'ancienneté au moins a droit à une indemnité de licenciement dont le montant dépend de cette ancienneté: 1/5^e de mois de salaire par année (soit une indemnité légale égale à deux mois de salaire pour celui qui a dix ans d'ancienneté), et un peu plus par année au-delà de dix ans d'ancienneté.

salarié variaient. Depuis une réforme de 1986, « l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement » dans la lettre de notification de cette décision. Dans la rédaction qui est la sienne depuis 2008, le Code dispose que *tout licenciement, qu'il soit prononcé pour motif personnel ou pour motif économique, doit être justifié « par une cause réelle et sérieuse »* (article L. 1231-1 et L. 1233-1), mais sans préciser à quelles conditions la cause invoquée revêt ce double caractère.

La Cour de cassation n'a pas suppléé le législateur en formulant une définition de la cause réelle et sérieuse. Les juristes dogmaticiens, voués à la description ordonnée du droit en vigueur⁴⁴⁰, éprouvent même quelque peine à décrire la norme suivie –donc consacrée– par cette Cour. D'autant plus que cette dernière, « juge du droit » et non troisième degré de juridiction –c'est-à-dire juge de la correcte application des normes juridiques par des « juges du fond » qui apprécient souverainement les faits– a choisi de ne plus pratiquer systématiquement le contrôle de la qualification (ou du refus de qualification) de « cause réelle et sérieuse » par les décisions déférées à sa censure. Les meilleurs connaisseurs du droit du travail s'accordent toutefois sur quelques fermes acquis des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation⁴⁴¹.

En premier lieu, un motif allégué pour justifier un licenciement ne constitue une cause réelle que s'il est tiré d'une donnée objective et vérifiable –comme une inaptitude professionnelle, une faute, une cessation d'activité de l'entreprise– dont l'existence est avérée ou non contestée, et si la considération de cette donnée est bien la cause de la décision de rompre (seule la cause exacte de cette décision peut constituer une « cause réelle »). La consécration de l'exigence d'objectivité par un arrêt de 1990 a eu une importante conséquence: la perte de confiance, le risque d'incidence du comportement d'un proche du salarié, ou de simples soupçons allégués par l'employeur, ne suffisent plus à justifier le licenciement, si l'allégation de l'employeur n'est pas appuyée par des faits imputables au salarié et vérifiables. Par exemple, la motivation du licenciement par l'insuffisance professionnelle du salarié ne résistera à

440 L'habitude est, en France comme dans bien d'autres pays, de parler de « la doctrine » pour désigner, à la fois, l'activité de production de savoir sur le droit positif qui correspond essentiellement à la dogmatique juridique, et le groupe professionnel qui se livre à cette activité.

441 On soulignera en particulier le travail de clarification et de synthèse de Jean Pélissier, tant dans ses commentaires de décisions de justice que dans son œuvre manuélistique (notamment dans ses contributions à dix-sept éditions du *Droit du travail* de la collection des Précis Dalloz, et c'est encore son texte qui constitue, pour l'essentiel, le titre « La perte de l'emploi » dans la 29^e, édition, de 2015, bien qu'il ne figure plus parmi les auteurs de cet ouvrage).

sa contestation en justice que si l'employeur est en mesure d'établir des faits précis attestant cette insuffisance.

En second lieu, un motif invoqué pour justifier la rupture, à supposer que sa réalité soit établie ou non contestée, ne constitue une cause sérieuse que si l'éviction du salarié apparaît proportionnée à sa gravité ou son importance. Tandis que la Cour de cassation considérait, avant 1973, que toute faute du salarié, même légère, excluait que la rupture soit jugée abusive, le licenciement n'est désormais justifié que si la faute reprochée au salarié présente un certain degré de gravité: elle doit être « sérieuse », même s'il n'est pas nécessaire qu'elle constitue cette « faute grave » qui prive le salarié licencié du délai de préavis et du bénéfice de l'indemnité de licenciement acquise par son ancienneté⁴⁴².

D'une façon générale, si la Cour ne contrôle plus l'appréciation du caractère sérieux de la cause par les juridictions prud'homales, et si elle se borne à vérifier que ces « juges du fond » ont suffisamment motivé leur appréciation, il apparaît que les cours d'appel manifestent une certaine rigueur dans cette appréciation. Sur quelques points, toutefois, la juridiction judiciaire suprême a dégagé –et rappelle si besoin est– quelques règles prétoriques donnant force à cette exigence de sérieux de la cause. Ainsi, l'insuffisance des résultats ne constitue un motif sérieux de licenciement que si les objectifs fixés au salarié n'étaient pas disproportionnés et si les moyens pour les atteindre lui étaient fournis, tandis que l'inaptitude à l'emploi ne peut justifier la rupture du contrat si l'employeur n'a pas proposé à l'intéressé un autre emploi disponible dans l'entreprise et correspondant à ses nouvelles capacités. Par ailleurs, un fait du salarié –une faute, un comportement, un choix de vie, une manière de se vêtir, etc. – ne saurait constituer une cause sérieuse que s'il a eu lieu dans le cadre du travail, sur le lieu et au temps du travail, et non s'il relève de sa vie personnelle, sauf si l'agissement a créé un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise et ses relations avec ses clients⁴⁴³.

L'exigence de sérieux de la cause se manifeste en termes particuliers dans le cas du licenciement pour motif économique, que le Code du travail définit comme celui effectué par un employeur « pour un ou plusieurs

442 La Cour de cassation estime que la faute grave, privative de préavis et d'indemnité de licenciement, est « celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise » même pendant les quelques semaines d'un préavis, et elle contrôle la qualification pratiquée, sur ce point, par les juridictions prud'homales.

443 Solution constante et en harmonie avec une conquête des années 80: l'opposabilité et la protection des « droits de la personne et des libertés individuelles et collectives » (on parle plus volontiers, aujourd'hui, de « droits fondamentaux ») dans les relations du travail.

motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques » (article L. 1233-3). La matière étant complexe, signalons simplement qu'un tel licenciement peut, selon la Cour de cassation, être justifié: 1) par les difficultés économiques suffisamment importantes ⁴⁴⁴, qui s'apprécient au niveau de l'entreprise et non du seul établissement de travail du ou des salariés licenciés, et, si l'employeur appartient à un groupe, au regard du secteur d'activité de ce groupe dont relève l'entreprise ⁴⁴⁵; 2) ou, en l'absence de difficultés économiques actuelles, par la nécessité de sauvegarder la compétitivité pourvu que la menace soit avérée et que la réorganisation à l'origine de licenciements apparaisse effectivement propre à sauvegarder le plus grand nombre possible d'emplois; 3) par des changements technologiques; 4) par la cessation d'activité de l'employeur (par exemple si celui-ci est une personne physique atteignant un certain âge), sauf si ce dernier est une société appartenant à un groupe dont les autres composantes poursuivent leur activité. En outre, le licenciement pour motif économique « ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe » auquel cette dernière appartient (article L. 1233-4).

En cas de licenciement collectif, la détermination des salariés frappés doit s'effectuer selon l'ordre fixé par la convention collective ou, dans le silence de celle-ci, selon un ordre arrêté par l'employeur après consultation des représentants élus du personnel et prenant en compte certains critères précisés par la loi (les charges de famille, l'ancienneté, etc.). On pouvait penser que le licenciement d'un salarié prononcé en méconnaissance de cet ordre se trouvait nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse, mais la Cour estime que, s'il y a bien là une illégalité génératrice d'un préjudice dont la personne indûment privée de son emploi peut obtenir réparation par l'allocation de dommages-intérêts, la rupture elle-même n'est pas injustifiée et sanctionnée comme telle.

b) En cas de litige sur la régularité de la procédure de la rupture et le sérieux du ou des motifs invoqués par l'employeur, la charge de la preuve, à lire les dispositions de droit commun du licenciement, ne pèse sur aucune des parties. Aux termes de l'article L. 1235-1 du

444 Le constat d'une baisse du chiffre d'affaires ou du bénéfice de l'employeur ne suffit pas.

445 Et de ce secteur considéré dans sa dimension transnationale si le groupe en question est transnational.

Code du travail, le conseil de prud'hommes (ou la cour d'appel) « forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». Mais la Cour de cassation a introduit, en la matière, une règle découlant d'une interprétation de celle que signifie une disposition relative à la notification du licenciement. La lettre par laquelle cet acte doit être notifié au salarié comporte, selon l'article L. 1232-6, « l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur ». La chambre sociale de la Cour, appelée à préciser la portée de cette exigence procédurale, estime avec constance que la lettre de licenciement fixe ainsi « les limites du litige », de sorte que le bien-fondé du licenciement ne peut être discuté en justice et ne peut être apprécié qu'au regard du ou des motifs qu'elle mentionne. En clair, si l'employeur a énoncé, dans la lettre notifiant la rupture, que ce dernier était motivé par la suppression de l'emploi occupé par le salarié, il ne peut utilement, lors du procès prud'homal et pour tenter d'échapper à une condamnation, invoquer une faute de l'intéressé.

La règle de ce qui est désormais un alinéa de l'article L. 1232-6 a donné lieu, de la part de la Cour de cassation, à une autre interprétation remarquable autant que controversée, génératrice d'une autre norme jurisprudentielle d'importance: le défaut d'énonciation des motifs dans la lettre de licenciement, auquel est assimilée l'imprécision manifeste de cette énonciation, équivaut à une absence de motif du licenciement, dès lors dépourvu de cause réelle et sérieuse et sanctionné comme tel. La portée ainsi reconnue à l'exigence d'indication du motif repose sur le raisonnement suivant: si l'employeur n'a pas énoncé de motif en notifiant sa décision, ou n'a mentionné qu'un motif très imprécis, on est fondé à penser qu'il ne disposait d'aucun motif ou d'aucun motif précis à l'instant où il a décidé de licencier le salarié. Consacrée dès 1990 et par une série d'arrêtés subséquents, cette « lecture » d'une disposition procédurale conduisant à traiter comme un vice de fond de l'acte de l'employeur ce qui apparaît d'abord simple vice de procédure a été vivement critiquée par certains commentateurs, et des cours d'appel ont refusé de l'adopter. Mais la chambre sociale s'est montrée résolue à « frapper fort » -en poussant à condamner au versement d'une indemnité pour licenciement injustifié (égale au moins aux salaires des six derniers mois) au lieu de l'indemnité pour simple irrégularité procédurale (n'excédant pas le montant d'un mois de salaire)- afin que les employeurs et leurs conseils, ainsi avertis, veillent dorénavant à respecter la prescription légale de motivation. Il y avait là, de l'aveu même d'influents conseillers de la chambre sociale, une sorte de stratégie disciplinaire visant le monde

patronal. Stratégie apparemment victorieuse, puisque l'Assemblée plénière de la Cour a adopté sa doctrine dans un arrêt de 1998⁴⁴⁶, qui semble avoir clos la controverse, découragé toute vraie résistance des juges du fond et contribué peut-être, mais la vérification empirique est difficile, à un plus scrupuleux respect de la règle par les acteurs.

c) La question de la nullité du licenciement offre une autre illustration de cette orientation de la Cour de cassation confortant l'encadrement juridique de cet acte patronal à travers l'interprétation des dispositions légales.

Le droit français est longtemps resté réticent à l'annulation du licenciement comme sanction de son illégalité, qui entraîne logiquement une remise en état prenant la forme d'une reprise d'exécution du contrat de travail, c'est-à-dire d'une réintégration du salarié dans l'entreprise. L'idée était que l'illicéité de l'acte de l'employeur ne pouvait justifier un affaiblissement de l'autorité de celui-ci par une décision de justice imposant le retour et la présence, dans l'entreprise, d'un salarié qu'il avait entendu évincer. Si la nullité du licenciement d'un salarié investi de fonctions représentatives (délégué du personnel, membre du comité d'entreprise, délégué syndical, etc.) exclu de l'entreprise dans autorisation préalable de l'administration du travail requise par la loi avait été assez vite admise par la chambre sociale, celle-ci avait d'abord refusé d'en tirer la conséquence que le juge devait, si l'intéressé la demandait, ordonner à l'employeur de le réintégrer. L'une des quatre « lois Auroux » de 1982 allait définitivement consacrer la nullité du licenciement non autorisé d'un salarié « protégé » en raison de ses fonctions représentatives, et sa suite logique, son droit à réintégration. Concernant le licenciement du « salarié ordinaire », les dispositions issues de la loi de 1973 prévoyaient des sanctions indemnitaires en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou irrégulier du point de vue procédural, la « réintégration » pouvant seulement être proposée aux parties par la juridiction prud'homale en cas de rupture injustifiée, mais jamais imposée à l'employeur. Invoquant la lettre de ces textes, la Cour de cassation ne s'était pas laissée convaincre que la nullité pouvait frapper le licenciement dont la cause s'avérerait, non point insuffisamment sérieuse, mais illicite (cas de rupture motivée,

446 La Cour de cassation siège en assemblée plénière (composée de conseillers de chacune des six chambres, sous la présidence le Premier président) lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi contre l'arrêt d'une cour d'appel statuant sur renvoi après cassation par l'une des chambres de la Cour saisie d'un premier pourvoi. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 27 novembre 1998, le pourvoi examiné par l'Assemblée plénière était dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel de Lyon, qui statuant sur renvoi après cassation, par la chambre sociale, de la décision d'une première cour d'appel, avait refusé de suivre l'interprétation déjà bien établie de cette chambre.

par exemple, par les convictions, l'activité syndicale, la participation à une grève ou un fait de la vie privée du salarié)⁴⁴⁷. Quelques auteurs de premier plan avaient pourtant argumenté avec force en faveur de l'admission de cette nullité⁴⁴⁸. En effet, lorsqu'un employeur licencie un salarié en réaction à l'exercice, ou en raison d'un fait ou acte relevant de l'exercice, d'un droit ou d'une liberté que l'ordre juridique garantit, le motif de cette rupture est réel mais illicite; or, un véritable principe général du droit français (qu'un article du Code civil applique aux actes conventionnels) frappe de nullité tout acte juridique ayant une cause illicite, et le licenciement est un acte juridique; de plus, la nullité d'un acte juridique s'entend de son anéantissement rétroactif commandant une remise en état, donc une reprise d'exécution du contrat réputé n'avoir jamais été rompu⁴⁴⁹. Mais on ne pouvait que relever le contraste avec le droit italien et sa loi de mai 1970 (*Statuto dei lavoratori*) dont l'article 18 admettait largement la nullité du licenciement et le droit corrélatif du salarié à la *reintegrazione nel posto di lavoro*. Autant dire que le droit du travail français comptait alors parmi ses normes un principe pouvant s'énoncer dans les termes suivants: « Il n'y a pas de nullité du licenciement sans texte qui la prévoit ».

Ce sont justement des lois des années 80 qui ont ouvert des brèches dans cette hostilité foncière à la nullité. Une loi de 1980 avait prévu la nullité du licenciement du salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle prononcé durant une période de suspension légale de son contrat consécutive à l'accident ou à la maladie (sauf licenciement motivé par une faute grave de l'intéressé ou une impossibilité de maintenir son emploi). À partir de la première des « lois Auroux », celle du 4 août 1982, le Code du travail a accueilli des dispositions prohibant le licenciement pour certains motifs et prévoyant la nullité de la rupture prononcée en méconnaissance de cette interdiction: cas du licenciement pour un motif déclaré discriminatoire par la loi (l'origine, le sexe, la situation de famille, l'appartenance à « une ethnie, une nation ou une race », les opinions politiques, les convictions religieuses, les activités syndicales, « l'exercice normal du droit de grève »). La liste des motifs hors la loi allait progressivement s'étendre: l'âge⁴⁵⁰, l'apparence physique, le fait d'avoir subi ou réagi à

447 La nullité n'était prévue par le code, avant 1982, que pour certains cas de rupture du contrat de la salariée en état de grossesse ou dans le temps suivant son accouchement.

448 Nous pensons à des écrits d'Hélène Sinay, Jean-Maurice Verdier, Jean Péliissier et Gérard Couturier.

449 Jeammaud, Antoine, *Le licenciement*, précité, p. 78.

450 Une loi de 1987 a institué deux nouveaux modes de rupture liés à l'âge du salarié, qui entretiennent un rapport analogue à celui des deux modes de résiliation unilatérale

des faits de harcèlement sexuel ou moral, l'exercice d'une action en justice pour cause de méconnaissance de l'égalité professionnelle des femmes et des hommes, d'acte discriminatoire ou de harcèlement, le fait d'avoir relaté ou témoigné de faits de corruption, etc. La faculté, pour le salarié victime d'un licenciement illégal en raison de son motif, donc nul, d'obtenir de justice l'injonction de le réintégrer, sous astreinte⁴⁵¹, dans son emploi ou un emploi équivalent n'est pas systématiquement prévues par ces diverses dispositions, mais la chambre sociale de la Cour rappelle, à l'occasion, « le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé ». Aussi nous paraît-il aujourd'hui certain que la reprise d'exécution du contrat illégalement rompu, donc le retour du salarié dans son emploi ou un emploi équivalent, peut être sollicitée et doit être ordonnée par le juge, sauf disposition exceptionnelle excluant ou aménageant cet effet logique de la nullité.

Aussi remarquable que cette extension jurisprudentielle des cas de nullité du licenciement a été l'abandon, par la Cour de cassation, du principe « pas de nullité du licenciement sans texte qui la prévoit ». Un arrêt rendu en 1988 avait approuvé une cour d'appel d'avoir déclaré nul le licenciement d'un salarié motivé par l'exercice de son « droit d'expression » (sur le travail dans son entreprise) auprès d'un journaliste, hors du lieu et du temps de travail, mais sans dégager de règle générale. Depuis le début des années 2000, la Cour a clairement consacré la règle de la nullité de tout licenciement attentatoire à une « liberté fondamentale » ou à un « droit fondamental ». Elle a fait, au moins implicitement, application de cette norme pour estimer qu'était nul le licenciement prononcé en réaction à l'exercice de la liberté fondamentale de témoigner en justice, d'agir en justice⁴⁵², ou pour un motif tiré de

que sont le licenciement et la démission: la *mise à la retraite* si l'auteur de la rupture est l'employeur, le *départ à la retraite* s'il s'agit du salarié, qui donnent également lieu à respect d'un délai de préavis et versement d'une indemnité liée à son ancienneté dans l'entreprise (mais un peu plus élevée dans le premier cas que dans le second).

451 Condamnation au paiement, à la partie adverse, d'une somme d'argent fixée à un certain montant par jour de retard dans l'exécution d'une obligation ou d'une décision de justice, prononcée par un juge, qui a pouvoir d'en reviser le montant et d'arrêter son montant définitif lorsque l'exécution a eu lieu.

452 Un arrêt du 3 février 2016 approuve une cour d'appel d'avoir jugé nul le licenciement d'un salarié auquel son employeur reprochait d'avoir demandé au conseil de prud'hommes la résiliation du contrat aux torts de l'employeur et des dommages-intérêts. Un arrêt rendu quelques semaines plus tard (le 16 mars) énonce qu'« est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié », en déduisant cette règle de l'application combinée de la disposition du code du travail qui soumet le contrat de travail « aux règles du droit commun » et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissant le droit à un procès équitable, que

l'exercice légitime du droit que la loi reconnaît au salarié de se retirer d'une situation de travail « dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ».

On peut penser que cette option jurisprudentielle en faveur de la nullité du licenciement a facilité l'admission législative d'autres cas de nullité de l'acte patronal de rupture. En un temps où les textes relatifs au licenciement pour motif économique disposaient que le procédure engagée par l'employeur en vue de réaliser un grand licenciement collectif était « nulle et de nul effet » tant qu'un plan visant au reclassement des salariés n'était pas présenté aux représentants du personnel, la chambre sociale de la Cour avait jugé, dans un arrêt de 1997 tranchant une controverse sur l'interprétation de cette disposition, que la nullité de la procédure de concertation avec les élus du personnel s'étendait à « tous les actes subséquents » et, qu'en particulier les licenciements prononcés à l'issue de cette procédure étaient nuls. Solution ensuite réaffirmée à plusieurs reprises par cette chambre, et consacrée par la loi en 2002 avec l'introduction, dans le Code du travail, de nouvelles dispositions⁴⁵³, ensuite modifiées par des lois de 2005 puis de 2013, mais telles que ce code prévoit certains cas de nullité du licenciement pour motif économique.

C/ La défense du domaine d'application du droit du licenciement.

Si ce segment du droit du travail constitue bien un facteur de stabilisation de l'emploi du salarié, son efficacité à ce titre suppose que le domaine d'application de ses normes soit aussi large que possible. Que le contrat à durée indéterminée ait statut de contrat de travail de droit commun et qu'on ne puisse conclure un contrat à durée déterminée que dans des cas limitativement prévus par le code va en ce sens⁴⁵⁴.

voit également cet arrêt.

453 Voir: Pélissier, Jean, et autres, *Les grands arrêts du droit du travail*, précité, n° 110.

454 « Le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée », lisait-on naguère dans un article du Code du travail. Pour se conformer à « la volonté des partenaires sociaux » signataires de l'Accord national interprofessionnel de janvier 2008 sur « la modernisation du marché du travail », une loi l'a remplacé par une disposition censée être plus compréhensible pour les non-juristes, mais maladroite et contestable: « Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail ». Un second alinéa du même article poursuit: « toutefois, le contrat (...) peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu dans les conditions mentionnées au titre IV relatif au contrat de travail à durée déterminée ». Ce dernier est donc un contrat de travail spécial, doté d'une réglementation dense, visant à limiter sa pratique en prévoyant les cas et conditions de son usage (idée de *causalidad* au sens de la dogmatique de pays hispanophones). Son

Étant précisé que ce dernier contrat assure au salarié emploi et revenu corrélatif pour toute sa durée, puisqu'il ne peut être rompu avant le terme convenu que par l'accord des parties, par décision de l'une d'elles pour cause de faute grave de l'autre, à l'initiative du salarié s'il a conclu un contrat à durée indéterminée avec un autre employeur, et qu'il ne prend fin, hors la volonté des parties, qu'en cas de force majeure ou d'inaptitude du salarié au travail (constatée par le médecin du travail), l'employeur n'ayant pas la faculté de le rompre unilatéralement, même pour un motif économique qui pourrait justifier un licenciement et ne pouvant davantage stipuler une clause résolutoire.

Mais il importe aussi que ce régime du licenciement saisisse effectivement toutes les ruptures d'un contrat à durée indéterminée réellement décidées par l'employeur, c'est-à-dire que la qualification « licenciement » soit défendue contre une tendance ou des manœuvres visant à faire prévaloir une autre qualification –celle de « démission »– ou à contourner les exigences, coûts et risques du licenciement pour obtenir l'éviction d'un salarié en recourant à un autre mode de rupture du contrat (résiliation judiciaire ou résiliation conventionnelle).

a) La démission est libre pour le salarié –qui n'a pas à la motiver, même si elle peut, à l'initiative de l'employeur, être jugée abusive– et « gratuite » pour l'employeur. Celui-ci peut donc être tenté de la provoquer s'il souhaite se séparer d'un salarié ou d'invoquer le comportement de ce dernier afin de convaincre qu'il a ainsi manifesté sa volonté de rompre le contrat. Aussi la Cour de cassation ne cesse-t-elle de rappeler que, même si ce salarié a formellement dit ou écrit qu'il démissionnait, la qualification de démission ne doit être retenue par le juge que si sa volonté de rompre le contrat a été manifestée « de façon claire et non équivoque ». Ainsi n'y a-t-il pas démission si le salarié ne l'a donnée que sous la contrainte ou par l'effet d'un harcèlement, ou sous l'empire de l'émotion ou de la colère avant de se rétracter. Si l'employeur s'oppose à ce que le salarié, après avoir « démissionné » dans de telles circonstances, poursuive ou reprenne l'exécution de son travail, le juge devra considérer que le contrat a pris fin par licenciement. Il

domaine d'usage licite recouvre, nous semble-t-il, le *contrato a plazo fijo*, le *contrato por obra, tarea o servicio determinado* et le contrat *de temporada* (sans le limiter au travail agricole: il est très pratiqué dans le secteur de l'hôtellerie et de la restauration) du droit chilien. Alors que le contrat de travail temporaire (*contrato de trabajo de servicios transitorios*), que le Code du travail dénomme désormais « contrat de mission », était obligatoirement conclu pour une durée déterminée, une loi du 17 août 2015, reprenant une disposition d'un autre accord national interprofessionnel de juillet 2013, a ouvert, pour trois ans et à titre expérimental, la possibilité de conclure le contrat de travail temporaire pour une durée indéterminée, avec exécution de missions successives...

en ira de même si l'employeur s'oppose au retour de celui qui n'a pas immédiatement repris le travail au terme de la période de suspension de son contrat pour cause de maladie ou après être parti en congé malgré le refus de l'employeur (ce dernier pourra seulement prononcer une sanction disciplinaire, pouvant aller jusqu'à un licenciement pour faute si cette réaction n'apparaît pas, en la circonstance, disproportionnée).

Le contrat, à durée déterminée ou indéterminée, prend fin de plein droit si survient un événement de force majeure qui fait définitivement obstacle à la poursuite de son exécution (exemple: destruction des lieux de travail sans perspective de rétablissement à court terme), et l'une ou l'autre des parties peut alors « prendre acte » de cette rupture qui n'est imputable à aucune d'elles. Mais ce constat, par opposition à une décision, qu'est la *prise d'acte par le salarié* peut aussi porter sur une rupture du contrat à durée indéterminée que l'intéressé impute à l'employeur auquel il reproche un ou plusieurs manquements à ses obligations. Voilà un acte unilatéral qui ressemble à une démission, mais dont le salarié prétend qu'il a sa cause dans le comportement de son cocontractant. Si le Code du travail n'en dit rien, la Cour de cassation a choisi de ne pas le traiter comme une démission et a édifié, à partir de 2003, un régime spécifique qui le rapproche du licenciement et protège ainsi le domaine d'application du droit régissant ce dernier acte⁴⁵⁵. Lorsque le salarié cesse d'exécuter son contrat de travail à durée indéterminée au motif que celui-ci se trouve d'ores et déjà rompu du fait et par la faute de l'employeur auquel il reproche d'avoir manqué à certaines de ses obligations légales ou contractuelles –non-paiement ou paiement tardif de tout ou partie de la rémunération, manquement à son obligation de sécurité, prétention de lui imposer une modification du contrat, faits de harcèlement, etc.– cette rupture produit les effets d'un licenciement si ces griefs s'avèrent fondés, et les effets d'une démission dans le cas contraire. La démarche logique du salarié prenant acte d'une rupture qu'il prétend imputable à son employeur est donc de saisir immédiatement le conseil de prud'hommes afin de faire juger que les manquements allégués sont établis –réels– et assez importants –suffisamment sérieux– pour justifier sa décision de prendre acte de la rupture, à la manière dont des faits ou agissements peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Si le juge accueille cette prétention, il devra en tirer les conséquences qui s'attachent à un licenciement injustifié,

455 Voir: Péliissier, Jean et autres, *Les grands arrêts du droit du travail*, précité, n° 86-88. Cette prise d'acte de la rupture par le salarié est analogue, nous semble-t-il, au *despido indirecto* que règle, sans le dénommer de la sorte, l'article 171 du Code du travail chilien (Walker Errázuriz, Francisco, *Derecho de las Relaciones Laborales*, précité, p. 386).

donc condamner l'employeur à verser les indemnités afférentes à un licenciement injustifié (indemnités de préavis, de licenciement, et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse). S'il n'est pas convaincu par le salarié, celui-ci sera traité comme démissionnaire et n'obtiendra aucune indemnité de rupture. S'il y a donc, dans cette prise d'acte, une sorte de pari du salarié, son régime jurisprudentiel participe à la défense du domaine du droit du licenciement.

b) L'employeur qui reproche certains manquements à son salarié ne peut-il, plutôt que de prononcer un licenciement pour faute exposé à contestation judiciaire, saisir lui-même le conseil de prud'hommes afin d'obtenir un jugement mettant fin au contrat pour cause d'inexécution ou mauvaise exécution de ses obligations par le salarié, en se trouvant ainsi dispensé de verser des indemnités de rupture et en mettant cette dernière à l'abri de toute contestation dès lors que le jugement ou l'arrêt de résiliation aura force de chose jugée ? Le Code du travail est silencieux sur ce point. Mais puisqu'il dispose que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun » (actuel article L. 1221-1), l'employeur ne peut-il se prévaloir de l'article 1184 du Code civil ouvrant la voie à la résolution judiciaire de tout contrat synallagmatique pour cause d'inexécution de ses obligations par l'une des parties⁴⁵⁶ ? Bien qu'une telle démarche puisse être animée par une intention de fraude aux règles sur les indemnités dues au salarié licencié sans faute grave de sa part, la Cour de cassation lui avait fait bon accueil, dès 1979, sans même subordonner le prononcé de la résiliation à la condition que les manquements retenus à la charge du salarié constituent une faute grave. Sous l'effet de critiques répétées, un revirement de jurisprudence est intervenu. Dans la doctrine actuelle de la Cour, l'employeur qui dispose de la faculté de licencier le salarié auquel il reproche certains manquements, « n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire » du contrat.

La Cour de cassation admet, au contraire, que le salarié demande en justice la résiliation. De plus, elle considère que, si le juge prud'homal estime devoir prononcer cette résiliation compte tenu des manquements établis, il doit aussi prononcer, à l'encontre de l'employeur, les condamnations encourues au cas de licenciement sans cause réelle

456 En droit français, la *résolution* d'un contrat – celle à laquelle ouvre l'article 1184 « pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement », en précisant qu'elle « doit être demandée en justice » – est l'acte qui met ce contrat à néant: comme le contrat annulé, il est réputé n'avoir jamais existé. On parle de *résiliation* pour la résolution sans rétroactivité affectant un contrat à exécution successive comme le contrat de travail.

et sérieuse (indemnité au moins égale à la somme de l'indemnité de préavis, de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, et de l'indemnité pour licenciement injustifié)⁴⁵⁷.

c) Proposer au salarié de résilier le contrat de travail « à l'amiable » paraît constituer, pour l'employeur, le moyen de mettre fin à ce contrat aux moindres coût et risque de contestation. La Cour de cassation avait éprouvé quelque peine à fixer sa doctrine à l'égard de ce mode de rupture du contrat à durée indéterminée⁴⁵⁸, en tout cas en présence d'un accord conclu à l'initiative de l'employeur, tant l'opération relevait de l'habileté dans la sollicitation du droit commun des contrats confinant à la fraude au droit du licenciement. Mais elle avait finalement admis sa licéité sous certaines conditions dès lors qu'elle ne concernait pas un salarié spécialement protégé contre la rupture (élu du personnel, délégué syndical, conseiller prud'homme, etc.). Conformément à la volonté des organisations signataires de l'Accord national interprofessionnel « sur la modernisation du marché du travail » de janvier 2008, la loi du 25 juin suivant a introduit dans le Code du travail un régime original de *rupture conventionnelle*.

Ces articles L. 1237-11 et suivants subordonnent la validité de la convention de rupture au respect: 1/ d'une procédure de conclusion de cet accord (un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister, notamment par un élu du personnel ou un salarié titulaire d'un mandat syndical, tel un délégué syndical dans l'entreprise, l'employeur pouvant également se faire assister si le salarié fait usage de cette faculté); 2/ de conditions de forme (un écrit doit être rédigé, en double exemplaire, afin que chacune des parties puisse solliciter l'homologation) et de contenu de l'accord (fixation d'une « indemnité spécifique » qui ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement dont le montant dépend de l'ancienneté du salarié, ou de l'indemnité plus favorable prévue par la convention collective; fixation de la date de rupture du contrat, obligatoirement postérieure à l'homologation); 3/ d'un délai de quinze jours à compter de la date de signature de l'accord, au cours duquel chacune des parties a le droit de se rétracter; 4/ d'une

457 Voir: Pélissier, Jean et autres, *Les grands arrêts du droit du travail*, précité, n° 89-91 ; Auzero, Gilles, Dockès, Emmanuel, *Droit du travail*, 29^e éd., Dalloz, Paris, 2015, n° 412 et suiv.. De manière analogue, la Cour de cassation exclut la résiliation judiciaire du contrat à durée déterminée à la demande de l'employeur, mais admet que le salarié puisse aussi la demander et estime que le juge doit la prononcer si le comportement avéré de l'employeur constitue une faute grave.

458 La résiliation anticipée du contrat à durée déterminée par l'accord des parties est expressément admise par le Code du travail.

homologation par « l'autorité administrative »⁴⁵⁹, qui ne peut être saisie à cet effet par l'employeur ou le salarié qu'après expiration de ce délai, et doit s'assurer du respect de ces conditions ainsi que « de la liberté de consentement des parties ». Le code réserve au conseil de prud'hommes la connaissance de tout litige relatif à une telle convention, y compris la contestation de la décision accordant ou refusant l'homologation alors qu'il s'agit d'un acte administratif (remarquable exception aux règles générales de répartition des compétences entre juridictions judiciaires et administratives), mais enferme l'exercice de tout recours juridictionnel dans un délai de douze mois à compter de la date d'homologation. Signalons encore que ce régime n'est pas applicable à certaines ruptures du contrat de travail pour motif économique, notamment à celles résultant de la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi qui doit être établi par tout employeur à la tête d'une entreprise d'au moins cinquante salariés qui projette un « grand licenciement collectif pour motif économique » (projet de rompre les contrats de dix salariés au moins dans un délai de trente jours). Mais toute autre résiliation ayant un motif économique au sens du code peut être pratiquée sous la forme et aux conditions de cette rupture conventionnelle. D'ailleurs, la Cour de cassation s'est montrée plutôt favorable à ce mode, d'une part en excluant que les parties conviennent de rompre leur contrat hors de ce régime spécial, d'autre part en admettant, malgré certaines critiques, que cette rupture conventionnelle soit pratiquée alors que le contrat de travail est suspendu pour cause d'accident du travail ou maladie professionnelle, ou en n'admettant que restrictivement l'annulation de la convention⁴⁶⁰. Ce mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée connaît, d'ailleurs, un succès dépassant ce qui était attendu.⁴⁶¹

459 Il s'agit désormais de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE), qui est l'autorité régionale de l'Inspection du travail.

460 Voir: Auzero, Gilles, Dockès, Emmanuel, *Droit du travail*, précité, n° 384 et suiv.

461 Des enquêtes révèlent que, depuis 2008, que la moyenne mensuelle de ruptures conventionnelles s'établit entre 25.000 et 30.000, et que le taux de refus d'homologation administrative ne dépasse pas 6%. Selon les données quantitatives le plus récemment produites par la Direction de la recherche du ministère du travail, le nombre annuel de ruptures de ce type n'a cessé de croître pour dépasser 358.000 en 2015.

2. FAVORISER LE RECLASSEMENT DES SALARIES

Au droit du licenciement est associée depuis longtemps une question: ne faut-il pas obliger l'employeur qui entend rompre le contrat de travail, et ainsi faire perdre son emploi au salarié, à tout faire pour éviter la rupture et trouver au salarié un autre emploi ? Cette question est, à l'évidence, différente de celle de l'indemnisation de la perte d'emploi par cet employeur ou encore de celle du financement, par ce dernier, de l'indemnisation de chômage, même lorsque, comme c'est dorénavant le cas en France, l'indemnisation du chômage est assurée par l'institution même qui assiste les demandeurs d'emploi dans leur recherche d'un retour à l'emploi⁴⁶². Il s'agit de savoir si l'employeur doit favoriser la poursuite de l'activité professionnelle du travailleur avant de pouvoir procéder au licenciement. Le terme qui, peu à peu, s'est imposé pour désigner cette poursuite du contrat ou au moins la continuité d'une activité professionnelle est celui de *reclassement*.

À la charge de l'employeur, a été progressivement dégagée une *obligation* de reclassement (A). Dans le régime des réorganisations importantes, cette obligation de reclassement est une pièce d'un ensemble de mesures, fédérées dans un *plan* que l'employeur doit élaborer et mettre en œuvre au profit des salariés qui sont visés par un projet de licenciement collectif (B).

Mais alors que ce plan, dit aujourd'hui « *plan de sauvegarde de l'emploi* », n'est prescrit qu'en cas de réorganisation importante (tant à raison de la taille de l'entreprise que du nombre de salariés concernés), l'obligation de reclassement pèse sur tout employeur ayant un projet de licenciement qu'il soit individuel ou collectif.

A/ La recherche nécessaire d'un reclassement.

Le reclassement est apparu d'abord dans le premier tiers du siècle dernier, dans le droit des mutilés de guerre, puis des handicapés. Puis dans la deuxième moitié du même siècle, il est devenu l'objet de mesures

⁴⁶² Une distinction était naguère opérée entre le placement ou l'aide active apportée au demandeur d'emploi et l'indemnisation du chômage résultant de la perte involontaire d'emploi. Deux institutions différentes étaient en charge de la première et de la seconde mission. Les institutions qui avaient respectivement comme acronymes ANPE et ASSEDIC ont fusionné en 2008 (voir Rousseau, Yves, « *Sur la fusion de l'ANPE et des ASSEDIC* », Droit social 2008, p. 151 et suiv. ;). Cette fusion a répondu à l'ambition de lier, plus ou moins, l'indemnisation et les efforts accomplis par le demandeur d'emploi pour retrouver un emploi. Cette ambition a été dénommée « *activation des dépenses d'assurance-chômage* »

susceptibles d'être financées par les autorités de la Communauté européenne du charbon et de l'acier ⁴⁶³ ou par les autorités françaises pour assurer la conversion ou la reconversion de salariés dont les emplois étaient supprimés lors des grandes réorganisations sectorielles. L'accent était alors mis sur la formation, avec le terme de *rééducation professionnelle*.

Dans cette même voie, de nombreux dispositifs ont été conçus tantôt par des accords nationaux interprofessionnels, tantôt par la loi pour favoriser le reclassement des salariés menacés par un licenciement pour motif économique.

La plupart de ces dispositifs ont eu comme objet d'assurer le financement par l'employeur, l'Etat et jusqu'à un certain point le salarié lui-même qui renonce à certaines indemnités dues lors de la rupture, d'une période de formation et de recherche active d'un nouvel emploi, prenant place au moment où le contrat de travail initial est rompu. Il s'agit, selon les termes qui ont été parfois utilisés, de conversion ou de transition professionnelle. Le salarié pendant cette période n'est pas inscrit comme demandeur d'emploi; il est plutôt en formation, et reçoit une rémunération proche de celle qu'il percevait. Selon les formules juridiques qui se sont succédé, le contrat de travail n'était rompu définitivement qu'à la fin de la période ou était rompu dès l'entrée du travailleur dans cette phase de conversion ou de transition.

Certains dispositifs ont été plus ambitieux. Ils concernent des secteurs économiques qui traversaient une crise aiguë, tels les chantiers navals ou la sidérurgie. L'Etat qui a financé largement ces mesures disposait de moyens de pression sur les entreprises de ces secteurs afin qu'elles contribuent activement au reclassement des salariés. Ainsi dans ces dispositifs plus ambitieux, mais sectoriels et temporaires, le reclassement était recherché alors que le contrat n'était pas rompu. La rupture ne pouvait intervenir qu'après que l'entreprise eut proposé à chaque salarié des voies pour assurer la continuité d'une activité professionnelle. Pour marquer que le reclassement, dénommé « conversion » dans ces expériences, était recherché au cours du contrat de travail, la loi a usé du terme de « *congé* », comme elle en use, par exemple, pour les congés payés annuels, le congé de maternité, ou encore le congé de formation syndicale qui constituent des périodes contractuelles. Restent aujourd'hui comme « congés », le congé de reclassement et le congé de mobilité institués par la loi dans les grandes entreprises, de plus de

463 La CECA, créée en 1951, a été la première communauté européenne. Elle avait un champ limité aux activités minières et sidérurgiques, mais a servi, dans une large mesure, de laboratoire pour ce qui allait être la Communauté économique européenne, devenue l'Union européenne.

1000 salariés, pour éviter les licenciements. Le premier constitue plutôt un préavis de rupture du contrat aménagé et allongé, le second une véritable période contractuelle de préparation au changement d'emploi.

Ce foisonnement de dispositifs, régulièrement révisés, évalués de manière plus ou moins rigoureuse, a eu un prolongement important. Après plus de dix ans d'expérimentation de tels dispositifs, la Cour de cassation a découvert, logé dans le contrat de travail, une *obligation de reclassement*⁴⁶⁴. Dans le même mouvement, elle y a découvert une autre obligation, qui s'en distingue mais se conjugue avec elle en cas de projet de changement d'organisation: une obligation d'adaptation à l'évolution de l'emploi⁴⁶⁵. Dix ans plus tard, en 2002, la loi a consacré cette créativité des juges: un licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été accomplis et que son reclassement est impossible (article L. 1233-4 du code du travail).

L'obligation de reclassement est ainsi attachée à un projet de rupture du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative de l'employeur. Mais l'est-elle à tout projet de licenciement ? À ce jour, elle n'est pas générale et n'impose d'initiatives à l'employeur que si la rupture envisagée l'est pour motif économique ou à raison d'une inaptitude à l'emploi précédemment occupé, constatée par un médecin du travail, à la suite d'une maladie ou d'un accident, professionnel ou non. Là encore, cette obligation de reclassement a été d'abord découverte par la Cour de cassation avant d'être consacrée en 1992 par la loi (article L. 1226-2 du code du travail).

La consistance de cette obligation est aujourd'hui encore controversée, mais sa sanction marque bien une rupture avec des dispositifs de simple encouragement au reclassement. Cette sanction consiste, en effet, en l'absence de justification du licenciement. Le licenciement pour motif économique ou pour inaptitude médicalement constatée à l'emploi n'est justifié que si l'employeur établit que le reclassement du salarié n'est pas possible. L'originalité de l'obligation de reclassement apparaît ici. L'employeur n'a pas seulement des charges financières. Il est tenu d'une obligation positive de faire, d'agir, de prendre des initiatives.

464 Cour de cassation, chambre sociale, 1^{er} avril 1992, *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 228 ; 8 avril 1992, *Bulletin...*, préc., V, n° 258. Voir Pélissier, Jean et autres, *Les grands arrêts du droit du travail*, précité, n° 115-116.

465 Cour de cassation, chambre sociale, 25 février 1992, *Recueil Dalloz* 1992, Sommaire p. 294, observations Lyon-Caen, Antoine.

La mise en œuvre de l'obligation de reclassement suscite de nombreuses discussions qui sont autant d'occasions d'aborder les problèmes contemporains de l'organisation du travail et de la configuration des entreprises. Ainsi l'employeur doit activement rechercher s'il existe un emploi disponible. Ce dernier qualificatif est d'usage aisé dans les organisations plus flexibles. Ainsi encore la recherche de l'employeur doit-elle s'étendre à toute l'entreprise. Mais doit-il aller au-delà et faire porter ses investigations sur les sociétés du groupe auquel l'entreprise appartient, ou encore sur les autres sociétés du réseau, réseau de distribution ou réseau de franchise, auquel l'entreprise appartient ? La jurisprudence, reprise pour partie dans la loi, a conçu le périmètre de reclassement d'une manière compréhensive, sans s'arrêter aux frontières de l'entité juridique qui a la qualité d'employeur.

Cette obligation de reclassement est interprétée de façon différente par les juristes et par les économistes adeptes de l'orthodoxie. Les juristes y voient l'expression d'une règle latente que les juges ne formulent pas directement: le licenciement ne peut être que l'ultime mesure, celle à laquelle l'employeur peut recourir quand aucune mesure alternative n'est possible. Les économistes adeptes d'un discours orthodoxe y voient l'obligation faite aux entreprises « d'intérioriser » des « externalités négatives ». Mais, si l'ambition, en tant que telle, ne provoque pas toujours leurs critiques, les modalités choisies pour parvenir à cette intériorisation les atterrent. L'obligation de reclassement est devenu, en vérité, l'une des cibles des critiques dirigées contre le droit du licenciement par une doctrine économique inspirée par une vision du droit du travail qui doit être mis au service du marché du travail. Dans ces critiques, le régime des licenciements économiques importants est également visé. Ce régime a d'ailleurs récemment évolué sous le feu de ces critiques.

B/ L'exigence d'un plan accompagnant toute réorganisation importante.

Les origines de ce que la loi appelle aujourd'hui un « plan de sauvegarde de l'emploi », remontent à un important accord national interprofessionnel conclu le 10 février 1969⁴⁶⁶, répondant à un engagement de négocier sur la sécurité de l'emploi pris à la fin du mois de mai 1968. Dans le préambule de cet accord et certaines de ses dispositions était prévue une obligation des entreprises, en cas de changements de structure importants de nature à entraîner des licenciements collectifs, de rechercher les possibilités de reclassement ainsi que des moyens de formation et reconversion susceptibles d'être utilisés par les salariés.

466 Le texte est reproduit dans Pélissier, Jean, *Le nouveau droit du licenciement*, Paris Sirey 1977, annexe 2 p.300 et s.

Quelques années plus tard, lorsqu'en 1975 la loi a institué en cas de projet de licenciement pour motif économique, une procédure d'autorisation administrative préalable, elle a prolongé ce qui était esquissé dans l'accord de 1969, modifiée en 1974: la loi a introduit dans le code du travail l'obligation, pour tout employeur qui emploie plus de 50 salariés et qui projette de licencier au moins dix salariés, de soumettre aux représentants du personnel, puis à l'administration « *les mesures envisagées d'une part pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre, d'autre part, pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité* »⁴⁶⁷. La terminologie légale n'a plus guère changé par la suite, notamment lorsque l'ensemble des mesures visées a reçu l'appellation de « *plan social* » (en 1989), puis de *plan de sauvegarde* de l'emploi (en 2002), alors que le contexte économique et social a pour sa part beaucoup changé et que la consistance attendue du plan devient un sujet dont les enjeux sont nombreux et sensibles.

Le plan social, devenu plan de sauvegarde de l'emploi, est, en effet, susceptible d'être compris de plusieurs manières. Au prix d'un certain schématisme, trois conceptions en ont été défendues.

Dans une première conception il s'agit d'un plan de compensation des préjudices, dans l'esprit du « plan social » tel qu'il est conçu et organisé en droit allemand. Cet acte renchérit le coût des licenciements, mais il n'a qu'une dimension financière. Cependant, s'agit-il d'indemniser les seuls salariés lésés ou bien le plan doit-il réparer les préjudices « *sociaux* », c'est-à-dire ce que la collectivité doit supporter à raison des licenciements ? Si l'acceptation des préjudices est la plus ample, l'employeur doit donc contribuer au financement d'initiatives locales de soutien à de nouvelles activités ou de formation des demandeurs d'emploi. Cette conception compensatoire du plan peut s'accommoder d'un contrôle limité des réorganisations et des licenciements subséquents.

Selon une deuxième conception, le plan est là pour corriger des choix, pour définir des actions positives au profit des salariés vulnérables. À la sélection à laquelle une réorganisation productive conduit, le plan doit opposer, dans une certaine limite, une contre-sélection, sous forme d'initiatives diverses au bénéfice des salariés les plus fragiles. Cette conception invite à l'établissement d'un plan social dès que la réorganisation entraîne des ruptures de contrats, qu'elles soient unilatéralement décidées ou arrêtées par accord avec chaque salarié.

467 C'est alors l'objet de l'article L 321-4 du code du travail. La circulaire ministérielle d'application de la loi du 3 janvier 1975 est reproduite dans Pélissier, Jean, *op.cit* ; annexe 1 p. 287 et s.

Le texte de la loi, qui fait état de mesures destinées à éviter les licenciements ou en limiter le nombre, suggère une troisième conception du plan, que paraît d'ailleurs illustrer sa dénomination légale actuelle de « plan de sauvegarde de l'emploi »: il s'agit d'un plan tendant à intégrer dans la gestion même l'objectif de préservation de l'emploi. Le plan serait alors une composante nécessaire de la décision de réorganisation, et il y aurait même lieu d'envisager sa permanence, si la gestion devait être soumise à un impératif constant de préservation ou sauvegarde de l'emploi. Le plan, dans cette dernière conception, se rapprocherait, pour en devenir une composante, de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences⁴⁶⁸, dont la loi, depuis 2005, a fait un thème de négociation collective obligatoire au moins tous les trois ans. Cette gestion prévisionnelle des emplois et des compétences n'obéit à aucun modèle légal très précis, mais, au travers les dizaines d'accords conclus dans les entreprises importantes, elle est présentée comme une gestion tendue vers l'anticipation. Celle-ci consiste à identifier les emplois susceptibles de disparaître ou appelants des compétences nouvelles, ainsi qu'à définir et mettre en œuvre les mesures d'adaptation du personnel lui permettant une continuité d'activité.

La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences a connu en France, depuis une vingtaine d'années, une vogue avant tout nominale. Elle est, en quelque sorte, l'étendard de l'entreprise vertueuse, celle qui assume ses responsabilités sociales, en étudiant, par avance, les évolutions, que doit connaître sa main d'œuvre et en mettant en œuvre les actions, notamment de formation, destinées à éviter les ruptures unilatérales. Le plan de sauvegarde de l'emploi, dans son acception la plus ambitieuse, s'inscrit dans cette perspective. Logiquement, elle devrait conduire à subordonner tout projet important de suppressions d'emplois et de licenciements à la démonstration que l'entreprise a, auparavant, pleinement rempli ses engagements en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Mais cette articulation n'a, en fin de compte, pas été consacrée. La Cour de cassation, en effet, a admis qu'un employeur pouvait engager une procédure de licenciement collectif pour motif économique et élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi, sans avoir au préalable respecté ses obligations au titre de la gestion prévisionnelle.⁴⁶⁹

468 L'expression apparaît au début des années 80 dans la littérature de gestion des ressources humaines.

469 Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2009, *Revue de droit du travail* 2009, p. 715, observations Géa, Frédéric, *Recueil Dalloz* 2009, Sommaires commentés, p. 672 observations Fabre, Alexandre.

Cette dissociation traduit les hésitations des juges qui, à leur tour, expriment des divergences plus profondes quant à l'étendue de la responsabilité des entreprises à l'égard des opérations qu'elles entreprennent au titre d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Ces divergences ont des répercussions sur une série de questions juridiques dont l'importance pratique est immédiatement sensible.

Certaines ont trait au contrôle qui peut être exercé, à la demande des salariés ou de leurs représentants, sur la consistance du plan de sauvegarde de l'emploi et sur les moyens et ressources qui sont mobilisés pour son exécution. Avec le contrôle de la consistance du plan, la casuistique qu'elle provoque, on retrouve la diversité des conceptions possibles de ce même plan. Priorité doit-elle être donnée aux actions qui préservent la présence des salariés dans l'entreprise ? Ou bien une place, et laquelle, peut-elle être ménagée pour des incitations aux départs ou des indemnités substantielles de rupture ? La loi a plutôt souligné la première priorité, souvent appelée « priorité pour le reclassement interne », parce que sans rupture du contrat de travail. Mais les juges ont fini par admettre la validité de plans constitués d'incitations financières aux départs volontaires⁴⁷⁰. Avec le contrôle des moyens et ressources mobilisés, par exemple pour faciliter les mobilités, organiser des formations, apparaît un autre thème, aujourd'hui majeur compte tenu de la configuration juridique des activités dans le capitalisme contemporain: quel est l'espace utile pour apprécier les engagements pris dans le plan ? Est-ce l'entreprise considérée comme entité juridique ou est-ce le groupe ou le réseau auquel elle appartient ? Le droit français, suit, non sans difficulté, une voie médiane: le reclassement doit être recherché dans l'ensemble des sociétés entre lesquels des mobilités sont possibles, mais les actions et les financements à cette fin ne pèsent que sur la société employeur.

D'autres questions ont trait à la sanction des plans de sauvegarde prononcés dans ce contexte. Les juges judiciaires, conscients sans doute des enjeux sociaux des grandes réorganisations, ont justifié l'usage des sanctions les plus rigoureuses: nullité des plans insuffisants et des licenciements qui leur font suite⁴⁷¹. La rigueur judiciaire a eu, récemment, un résultat inattendu: l'accord national interprofessionnel de janvier 2013, signé et soutenu par une partie des confédérations syndicales, et ensuite repris par la loi⁴⁷², a décidé de confier le contrôle

470 Cour de cassation, chambre sociale, 26 octobre 2010, *Revue du droit du travail* 2010, p. 704, observations Géa, Frédéric, *Droit ouvrier* 2010, p. 148, note Meyrat, Isabelle.

471 Voir Pélissier, Jean et autres, *Les grands arrêts du droit du travail*, précité, n° 110.

472 Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 portant un titre ambitieux:

des plans de sauvegarde de l'emploi à l'administration, sous le contrôle du juge administratif. Les promoteurs de ce changement en espèrent plus de souplesse dans l'appréciation des efforts des entreprises. Ils espèrent aussi qu'il contribuera à l'essor de la négociation collective des réorganisations.⁴⁷³

De ce mouvement vers un droit négocié des restructurations, il est difficile de mesurer l'ampleur. Il est amorcé depuis une décennie, et se manifeste sous la forme d'accords, conclus dans les entreprises, portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et ses compétences, sur la procédure des restructurations et licenciements, sur les plans de sauvegarde de l'emploi. La loi récemment a cherché à promouvoir les accords plus ambitieux organisant un échange entre le maintien de l'emploi et des modifications des rémunérations et de la durée et du rythme de travail. Ces accords tendent à diminuer les risques de conflictualité et à éviter le recours à la justice. Leur essor suppose cependant que les organisations syndicales acceptent de s'impliquer là où, traditionnellement, elles résistaient ou dénonçaient.⁴⁷⁴

Ces dispositifs dont le sens général est de favoriser le reclassement des salariés menacés par un projet de licenciement, mais, en même temps, de créer à la charge des employeurs des obligations d'agir à cette fin, concentrent nombre de critiques qui, sous l'influence d'une analyse économique du droit très vivace en ce domaine, dénoncent les obligations de reclassement mises à la charge des employeurs, et, plus généralement, le droit actuel du licenciement. Celui-ci est dénoncé comme injuste, car profitant à ceux qui disposent d'un emploi, ou l'ont encore, et non aux plus vulnérables sur le plan de l'emploi. Il est dénoncé comme confiant aux juges une capacité injustifiée de se prononcer sur les options de gestion. Il est dénoncé encore comme perturbant les calculs économiques des entreprises. Ces deux derniers axes de critique sont de plus en plus présents comme une revendication de la sécurité; non pas de la sécurité des travailleurs mais de la sécurité à laquelle les entreprises ont droit.

« Pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et les parcours professionnels des salariés » Ses dispositions ont été recueillies dans la loi, notamment dans le code du travail, par une « loi de sécurisation de l'emploi » du 14 juin 2013.

473 Sur cette tendance, v. *La France au travail. Données, analyses, débats*. Les Editions de l'Atelier 2009.

474 Sur les mouvements de redistribution des rôles et les responsables, Borenfreund, Georges et Peskine, Elsa, *Licenciements pour motif économique est restrictions: vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz 2015.



Ces critiques, formulées à l'origine par des économistes⁴⁷⁵, ont trouvé des échos dans les programmes de partis politiques et dans ceux de gouvernants. Ces échos se sont fait entendre dans d'autres pays européens, telles l'Espagne ou l'Italie. La législation italienne récente (le fameux *Jobs Act*), sensible à ces critiques, a d'ores et déjà tenté de circonscrire l'intervention des juges dans les réorganisations, écarter le contrôle du motif de licenciement pendant une longue période de probation, réduire le domaine de la réintégration sanctionnant le licenciement illégal, encadrer l'indemnisation mises à la charge des entreprises en cas de licenciement injustifié, afin que, comme en Espagne, celles-ci puissent effectuer des calculs et connaître le coût prévisible des ruptures. Les ruptures illégitimes de contrat peuvent de la sorte devenir efficaces. En France, le projet de loi très récemment présenté par le Gouvernement afin de faire progresser, en droit français, cette « *flexicurité* » que prône l'Union européenne, visait clairement dans sa version initiale, et vise encore dans une certaine mesure, à affaiblir l'encadrement légal du licenciement; notamment le contrôle juridictionnel éventuel des licenciements économiques⁴⁷⁶. Le droit du licenciement connaît donc en Europe une indéniable effervescence, et ses fondations sont mises en question. Il se vérifie à nouveau que le licenciement, considéré dans le régime qui lui est applicable, constitue un « *moment privilégié* » de droit du travail. Il rend visibles sa construction et les tensions qui le traversent.

475 Voir l'analyse de ces travaux d'économistes et de leur diffusion dans: Sachs, Tatiana, *La raison économique en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2012. Voir aussi: Bargain, Gwenola, *Normativité économique et droit du travail*, Paris, LGDJ, 2014.

476 Ce très complexe projet de loi à l'intitulé alambiqué, caractéristique d'une frappante inclination du législateur français à discourir afin de montrer et convaincre donner qu'il agit, qu'il affronte les problèmes cruciaux (« loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs »), a déclenché un mouvement de protestation inattendu, animé ou soutenu par la majeure partie du mouvement syndical et une partie des la gauche politique (y compris des députés ou sénateurs de la majorité censée soutenir l'action du Président de la République et de son Gouvernement dirigé par M.Valls).

DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO Y DESPIDO DISCRIMINATORIO EN CHILE Y ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.

Macarena López Ugarte⁴⁷⁷

SUMARIO

1. Introducción. 2. Legislación antidiscriminatoria en general en Chile. 3. Legislación antidiscriminatoria en general en Estados Unidos. 4. Legislación antidiscriminatoria en el empleo en Chile. 5. Legislación antidiscriminatoria en el empleo en Estados Unidos. 6. Medidas para prevenir y/o sancionar actos de discriminación en Chile. 7. Medidas para prevenir y/o sancionar actos de discriminación en Estados Unidos. 8. Análisis de casos relevantes relativos a la discriminación en el empleo en Chile y en Estados Unidos. 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La discriminación en el empleo constituye un tema contingente especialmente relevante tanto en los Estados Unidos de Norteamérica como en Chile, por lo que resulta de interés efectuar una comparación tanto desde la legislación como de la jurisprudencia judicial. En este trabajo se analizarán brevemente las normas legales sobre discriminación en general, y después, las relativas a la discriminación en el empleo. Posteriormente se revisarán las formas con las que tanto Chile como Estados Unidos han pretendido remediar las consecuencias de los actos de discriminación, en particular las medidas paliativas a la discriminación en el empleo. En seguida se estudiarán casos judiciales relevantes de

477 Abogada. Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y profesora de Derecho del Trabajo en dicha Facultad. Master en Derecho de Northwestern University.

discriminación por edad en ambas jurisdicciones. Finalmente, las conclusiones a que se llega de este análisis.

2. LEGISLACIÓN ANTIDISCRIMINATORIA EN GENERAL EN CHILE

El artículo 1 de la Constitución Política de la República de Chile dispone que *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*⁴⁷⁸, lo que constituye el principio básico de “igualdad” que rige el ordenamiento jurídico chileno. El artículo 19 de la Constitución dispone un catálogo de derechos y garantías constitucionales, incluyendo en su número 2 el de *“igualdad ante la ley”*. En este sentido, el artículo 19 número 2 de la Constitución señala que *“en Chile no hay persona ni grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*. En virtud de lo anterior, en Chile todas las personas son iguales y deben recibir un trato igualitario por parte de las diferentes instituciones del Estado. Ningún organismo ni funcionario público puede hacer diferencias que vulneren lo establecido en la Constitución, así como tampoco lo puede hacer el sector privado. Es decir, se prohíben las diferencias que se hagan cuando éstas estén basadas en criterios arbitrarios.⁴⁷⁹

Según el profesor José Manuel Díaz de Valdés, desde el punto de vista del derecho constitucional, la igualdad de los hombres descansa en *“la proclamación de los seres humanos como fundamentalmente iguales”*⁴⁸⁰. Por otro lado, si la misma Constitución Política de la República señala que todas las personas son iguales ante la ley, entonces la igualdad debería ser la regla general entre individuos. Pues bien, para conseguir esta *igualdad fundamental* se hace necesario instalar en las sociedades, y en particular en las legislaciones, el principio de no discriminación. Con tal principio se logra equiparar a aquellos que son *fundamentalmente iguales*, pero que por alguna razón (edad, sexo, orientación sexual, origen, nacionalidad y color, entre otros) no se les ha tratado de forma igualitaria.

★ No discriminación arbitraria

478 Constitución Política de la República de Chile, 1980.

479 <http://unicef.cl/web/no-a-la-discriminacion-por-un-trato-igualitario/>

480 Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100005

Ahora bien, el aspecto más importante de la legislación chilena en relación a la no discriminación es la diferencia que se hace entre “discriminación” o “distinción” y “discriminación arbitraria”. La igualdad constitucional “exige un trato similar y solo permite un trato diferente si aquel puede ser justificado por una razón suficiente”⁴⁸¹, es decir, el principio de igualdad ante la ley impide tanto a privados como a particulares discriminar, excluyendo de dicha prohibición la discriminación arbitraria. Los hechos de discriminación son permitidos en la medida que se trate de conductas o actos que reúnen determinados requisitos, entre otros, el de su justificación. A mayor abundamiento, la discriminación arbitraria no es permitida por la ley precisamente porque la distinción se realiza sin causa o fundamento.

La Ley 20.609 del año 2012, que establece medidas contra la discriminación, significó un gran avance en la legislación chilena relativa a la no discriminación en nuestro país. Esta ley se dictó luego de un caso de discriminación a un joven por su orientación sexual, que terminó en su muerte. Fue un caso bastante mediático y controversial, pero logró poner el tema de la no discriminación como algo relevante a nivel país.

Entre otros, los aportes de la ley 20.609 son los siguientes:

La ley busca instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho cuando se cometa un acto de discriminación arbitraria.

La ley crea la acción de no discriminación arbitraria. La pueden presentar los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria ante el juez de letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión. En cualquier momento del juicio, el recurrente podrá solicitar la suspensión provisional del acto reclamado, y el tribunal deberá concederla cuando, además de la apariencia de derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior.

Si el tribunal considera que existió un hecho discriminatorio, se dejará sin efecto dicho acto. Además, el tribunal dispondrá que el acto no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido.

Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio.

La ley agrega como una nueva circunstancia agravante de la

481 Idem, citando a Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights* (New York, OUP, 2002), p. 271. Traducción propia. Véanse también las pp. 270-273.

responsabilidad penal (contempladas en el artículo 12 del Código Penal) la siguiente: “Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.” Es decir, la circunstancia de cometerse un delito como un acto de discriminación se considerará como un agravante al momento de determinar la pena del responsable de dicho delito.

Por último, en materia de discriminación versus discriminación arbitraria, la ley define “*discriminación arbitraria*” como “*toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.

Luego, la misma ley dispone los motivos por los que no se permite discriminar en Chile, esto es, cuando las distinciones “*se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad*”.

Sin embargo, la ley considera como razonables las “*distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados*” anteriormente, “*se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, (...) o en otra causa constitucionalmente legítima.*” Es decir, solo se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, referidos al respeto y protección de la vida privada y la honra de la persona y su familia; la libertad de conciencia y de culto; la libertad de enseñanza; la libertad de informar y emitir opinión; el derecho de asociación; la libertad de trabajo, y el derecho a ejercer actividades económicas lícitas.

3. LEGISLACIÓN ANTIDISCRIMINATORIA EN GENERAL EN ESTADOS UNIDOS

Estados Unidos tiene un sistema de precedentes en virtud del cual son las sentencias anteriores (y particularmente los fallos de la Corte Suprema, ya sea estatal o federal) los que determinan la ley aplicable; sin embargo, algunas materias están reguladas por leyes (en inglés “*statutes*”). Esas normas pueden regir solo en un Estado o bien en todo el territorio del país. Precisamente, en material de discriminación existen algunas leyes federales, es decir, que rigen en todo el territorio de los Estados Unidos.

La base de todas las normas de antidiscriminación que rigen en la legislación norteamericana se encuentra en la XIV Enmienda (en inglés “XIV Amendment”) a la Constitución de ese país, la que establece un listado de “*derechos civiles*”. Entre otros, la XIV Enmienda se refiere a la igualdad ante la ley⁴⁸² al señalar que se asegura a todas las personas igual protección de la ley (en las palabras de la Enmienda, asegura “*equal protection of the law*”) y promueve la igualdad entre las personas sin distinción. Luego, la Enmienda dispone que cualquier diferencia en el trato a las personas es contrario a la Constitución.

Por otro lado, el poder legislativo de los Estados Unidos de América ha promulgado diversas normas que pretenden prevenir la discriminación debido a razones de edad, clase, discapacidad, empleo, idioma, nacionalidad, religión, sexo, género e identidad de género. La norma más relevante es, sin duda, la Ley sobre Derechos Civiles de 1964 (La llamada “Civil Rights Act”). Es importante tener presente que Estados Unidos es un país formado por inmigrantes, de gran diversidad en todo sentido. Es por ello que es de suma relevancia contar con normas que prevengan, prohíban y sancionen los actos de discriminación, y con tribunales que apliquen de forma eficiente dichas normas.

482 Comparable al principio de igualdad ante la ley, contenido en el ya citado artículo 1 de la Constitución Política de la República de Chile.

4. LEGISLACIÓN RELATIVA A LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN CHILE

- *Constitución Política de la República.*

Tanto la Constitución Política de la República como el Código del Trabajo chileno contienen prohibiciones a la discriminación en el empleo.

El artículo 19 número 16 de la Constitución (referido a la libertad de trabajo y contratación) prohíbe cualquier discriminación arbitraria, esto es, aquella basada en aspectos distintos a la capacidad o idoneidad personal.

- *Código del Trabajo.*

Por otro lado, el Código del Trabajo regula la discriminación en el trabajo, prohibiendo tanto la discriminación en los procesos de selección de trabajadores como durante la vigencia de la relación laboral.

Según lo señala el artículo 2, párrafo 7 del Código del Trabajo, el empleador no puede tomar la decisión de contratar o no a una persona basándose en la situación económica del postulante (salvo ciertas excepciones, referidas a los casos en que el cargo al que se postula requiere de un trabajador con una situación económica determinada), en la existencia o no de un embarazo, o en la afiliación o no a un determinado sindicato.

La regla general en materia de no discriminación (contenida en el artículo 2 ya comentado) durante la vigencia de la relación laboral, es que todo acto de discriminación arbitraria está prohibido⁴⁸³, en particular aquellos actos de discriminación basados en la “raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. El artículo previamente citado dispone la regla básica en materia de discriminación laboral y la base de todo reclamo por actos de discriminación arbitraria.

En particular respecto de la no discriminación en el empleo, a lo largo del Código del Trabajo existen diversas disposiciones que regulan diferentes aspectos de la prohibición de discriminar a los trabajadores, entre otros los siguientes:

483 Artículo 2, tercer párrafo, Código del Trabajo.

- Artículo 62 bis, que establece el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres. Esta norma prohíbe hacer diferencias arbitrarias en salarios de hombres y mujeres cuando esas diferencias son arbitrarias. Señala el artículo 62 bis que no se entenderán como arbitrarias aquellas *“diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”*. Es decir, se repite la idea del legislador de prohibir la discriminación arbitraria sin una justificación razonable.
- Artículos 215, 289, 387 y 388, que regulan la discriminación sindical. El primero prohíbe supeditar la contratación de un trabajador a su afiliación o no afiliación sindical, así como el perjuicio ocasionado a un trabajador en relación a su afiliación sindical. Por su parte, el artículo 289 regula las prácticas antisindicales, prohibiendo todos aquellos actos que atenten contra la libertad sindical. Los artículos 387 y 388 señalan los actos que constituyen prácticas desleales a la negociación colectiva, lo que también implica una vulneración de la libertad sindical dentro del marco de una negociación colectiva.
- Los artículos 485 y siguientes, que regulan el procedimiento de tutela laboral en caso de violación de los derechos fundamentales. Al ser la libertad sindical un derecho fundamental, aquellas prácticas que atenten contra la libertad sindical según lo recién expuesto se tramitarán conforme a las normas del procedimiento de tutela laboral. Este procedimiento funciona sobre la base de indicios de vulneración de derechos fundamentales, los que el denunciante deberá acreditar.
- El artículo 489, que regula el concepto de “discriminación grave”. El artículo señalado dispone que si en una denuncia de tutela de derechos fundamentales con ocasión del despido el tribunal considera que la discriminación fue grave, el trabajador afectado podrá elegir entre el pago de indemnizaciones o el reintegro a sus funciones.

Ley 20.940, que moderniza las relaciones laborales. Esta ley, recientemente vigente en nuestro país, pretende aportar al ordenamiento jurídico de la antidiscriminación. En el mensaje del proyecto de ley, la Presidenta de la República señaló que *“la negociación colectiva es también un instrumento clave para promover la no discriminación y la igualdad, incluida la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, dado que integra al mundo del trabajo la garantía de los derechos fundamentales en el campo laboral para todo el colectivo, a efectos de lograr que más productividad*

redunde en una mayor equidad, promoviendo así más justicia social”.

Dictamen Ordinario 3704/134 del 11 de agosto de 2004. En el mencionado Dictamen Ordinario, la Dirección del Trabajo ha elevado la no discriminación a un derecho fundamental, por lo que es una “expresión jurídica tangible y concreta de la dignidad de la persona humana y una manifestación del contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona”.

Señala además el Dictamen citado que nuestro ordenamiento jurídico regula de esta forma la no discriminación de forma coherente con las normas internacionales vigentes en Chile, en particular al Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, de la OIT, y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998, la que considera el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental.

- Análisis doctrinario de la discriminación laboral.

José Francisco Castro⁴⁸⁴ analiza ampliamente los casos de discriminación laboral en Chile, que entiende como tratar de forma diferente a una persona cuando el criterio para dicha distinción es arbitrario o desigual. Cuando el criterio se encuentra justificado, es racional o razonable, no es propiamente “discriminación”, sino una mera “distinción”. Plantea que, por ejemplo, la selección de postulantes en razón de su experiencia previa es simplemente una “distinción”, pero si el motivo es la raza, sería un acto de discriminación arbitraria. Define la “discriminación laboral” como “toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo religión, sindicato, opinión política o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁴⁸⁵”. Es decir, la discriminación laboral no solo ocurre durante la vigencia de la relación laboral, sino también antes de ésta o una vez que ya se haya extinguido. El autor destaca las razones más comunes de discriminación laboral en Chile, estudiando hechos y realidades de discriminación en Chile, a saber:

Discriminación por Sexo. Señala que las mujeres generalmente reciben menos remuneración que los hombres en el mismo puesto debido a que generalmente son ellas las que se ausentan del trabajo por una distribución desigual en las tareas del hogar⁴⁸⁶. Explica el autor que

484 José Francisco Castro Castro, *Discriminación en las Relaciones Laborales, algunos casos particulares* (2001).

485 *Idem*, pág. 8.

486 *Idem*, pág. 12.

existe discriminación cuando un cargo es ocupado de forma regular por hombres (por ejemplo, trabajos en barcos) o por mujeres (por ejemplo, profesoras de pre escolar), y plantea que la discriminación por sexo más relevante ocurre en contra de las mujeres debido a la maternidad, actual o posible. Esta es la razón por la cual el Código del Trabajo protege de manera especial a las mujeres, prohibiendo la discriminación en relación a la maternidad⁴⁸⁷.

Si bien actualmente hay un incremento en el ingreso de la mujer al mundo laboral, no existe una igualdad real en cargos, responsabilidades y sobre todo remuneraciones. Por ello, como se señaló anteriormente, el artículo 62 bis dispone el principio de igualdad en las remuneraciones, en virtud del cual los trabajadores y trabajadoras que tengan el mismo cargo deben recibir igual remuneración, salvo que la diferencia se justifique por razones objetivas como la capacidad, calificación, idoneidad, responsabilidad o productividad.

Discriminación por Orientación Sexual. Para el autor, este tipo de discriminación ocurre cuando “arbitrariamente se alteran las condiciones laborales, se extingue la relación laboral, o bien se impide su acceso a una ocupación a personas que integran los que diversos autores han llamado “minorías sexuales””. Asimismo, plantea que en nuestro país, el tema de la orientación sexual es un hecho social, y si la orientación sexual no es evidente o no afecta a la empresa, será difícil para la autoridad laboral sancionar a la empresa por actos de discriminación en este sentido.

Como en todos los casos de discriminación laboral, quien discrimine deberá acreditar que el motivo de la medida tomada ha sido discriminar. En este caso, se deberá probar que el motivo ha sido distinto que el de la orientación sexual del trabajador, por lo que en los casos en que no sea evidente que el motivo de la medida adoptada fue efectivamente la orientación sexual del trabajador, la carga de la prueba de éste será difícil. Posiblemente este tipo de discriminación ocurre con mayor frecuencia al momento de la contratación, lo que hace muy difícil de perseguir. En este sentido, no existen normas laborales que protegen de forma concreta a los postulantes de un acto de discriminación, por lo que en esos casos se debe acudir a las acciones civiles.

Discriminación por Edad. Menciona ciertos datos interesantes sobre la discriminación por edad. Debido a que las personas de mayor edad son generalmente vistas como menos productivas que las más jóvenes, las empresas tienden a contratar trabajadores jóvenes. Asimismo, las personas que ya se han jubilado pero deciden volver a trabajar generalmente son contratadas a plazo y para realizar trabajos que nadie más está

487 *Idem*, pág. 13.

dispuesto a realizar, pues no tienen muchas alternativas. Sin embargo, la discriminación también ocurre en contra de los trabajadores más jóvenes. Es común que los trabajadores jóvenes reciban un peor trato en el trabajo que aquellos que son mayores debido a que no tienen experiencia, y simplemente por ser jóvenes (por ejemplo, se les obliga a trabajar más horas que lo permitido por ley).

En los casos de discriminación por edad resulta particularmente difícil para el trabajador acreditar que en el caso concreto no ha habido una justificación objetiva para el acto aparentemente discriminatorio. Si bien los trabajadores mayores suelen tener más experiencia, un empleador podría fácilmente justificar un despido o una promoción en que el reemplazante o quien es promovido tiene más estudios o más especialización sobre un tema en particular, y por eso ha sido contratado en reemplazo del trabajador de más edad. Nuevamente es un caso difícil de acreditar para el trabajador que pretende ejercer una acción de discriminación en contra de su empleador.

Discriminación por Motivos de Salud. Los motivos de salud son de gran relevancia, sobre todo en los procesos de selección de personal. La ley laboral chilena no regula específicamente los exámenes de salud pre ocupacionales. La regla general es que las empresas pueden pedir exámenes de salud solamente si son necesarios en razón del cargo al que se postula. Sin embargo, según lo señala el autor, hay algunos casos en los que la ley específicamente prohíbe ciertos exámenes, como por ejemplo el que detecta el VIH.⁴⁸⁸

Como se señaló, no hay normativa laboral que proteja a los postulantes de medidas discriminatorias en un proceso de selección. Si bien la interposición de una acción civil por estos motivos podría implicar una multa para la empresa, no genera ningún beneficio monetario real para el postulante discriminado.

Discriminación por Origen Social o Apariencia Personal. En el artículo se menciona una encuesta cuyos resultados señalan que un 48,2% de los encuestados respondieron que la gente pobre es pobre debido a que no se esfuerzan lo suficiente para dejar de serlo. Según el autor, lo anterior se debe al clasismo en contra de la gente pobre, lo que constituye un problema en Chile⁴⁸⁹.

En relación a la discriminación por origen social en el trabajo, el artículo plantea que la discriminación por clase social es muy común para cargos comerciales y de administración, en particular cuando los

488 *Idem*, pg. 16.

489 *Idem*, pg. 18.

trabajadores deben lidiar con personas de una clase social más “alta”.⁴⁹⁰

En términos generales, en cuanto a la discriminación al momento de la contratación, si bien nos parece algo reprochable, también creemos que resulta bastante difícil prevenirlo, debido a que parece correcto que las empresas tengan cierta libertad para contratar a quienes ellos prefieran para un cargo determinado, y los postulantes deben cumplir con los estándares que el potencial empleador exija para ese cargo, lo que debe estar de acuerdo a lo que el mercado requiere.

- *La Organización Internacional del Trabajo*

Como lo ha señalado la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “OIT”) en relación a la igualdad y discriminación, *“cientos de millones de personas son víctimas de la discriminación en el mundo del trabajo. Esto viola derechos humanos fundamentales, y además tiene profundas consecuencias económicas y sociales. La discriminación sofoca las oportunidades, desperdicia un talento humano que es necesario para el progreso, y acentúa las tensiones y desigualdades sociales”*.⁴⁹¹ En razón de lo anterior, la misma OIT constantemente busca combatir la discriminación laboral, pues dicha lucha es esencial para conseguir uno de sus ideales, el trabajo decente.

En este sentido, señala la OIT que *“al promover la libertad sindical, por ejemplo, la OIT busca prevenir la discriminación contra los sindicatos y sus dirigentes. Los programas para combatir el trabajo forzoso y el trabajo infantil incluyen el apoyo a niñas y mujeres que están atrapadas en redes de prostitución o explotadas en servicio doméstico obligatorio. La no discriminación es el principio más importante del repertorio de recomendaciones prácticas sobre VIH/SIDA y el mundo del trabajo”*.

5. LEGISLACIÓN RELATIVA A LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN ESTADOS UNIDOS

El título VII de la Ley sobre Derechos Civiles de 1964 es una norma de carácter federal que constituye la base de la legislación anti-discriminación en relación al empleo. Según se detallará en el siguiente capítulo, el llamado “Title VII” (en español “Título VII”) prohíbe la discriminación en las relaciones laborales.

490 *Idem*.

491 <http://ilo.org/global/topics/equality-and-discrimination/lang--es/index.htm>

Además, existen ciertas normas que regulan la discriminación en el empleo que por regla general aumentan la protección a los trabajadores que sean víctimas de actos de discriminación en su contra (como en casos de discriminación por orientación sexual y estado civil), y determinan los casos en que los trabajadores se encuentran cubiertos por dicha protección (por ejemplo, algunas normas sancionan la discriminación siempre que la empresa en la que trabajan cuenten con 15 trabajadores o menos)⁴⁹². Sin embargo, todas esas normas asumen la existencia del Título VII de la Ley sobre Derechos Civiles, la que otorga una amplia protección a los postulantes y trabajadores, prohibiendo cualquier acto de discriminación en el empleo debido a su raza, color, religión, sexo, u origen.⁴⁹³

El Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964⁴⁹⁴ prohíbe la discriminación en el empleo por raza, color, religión, sexo u origen nacional para empresas con 50 o más trabajadores. Dicha prohibición se refiere a la discriminación tanto en los procesos de selección de personal, como durante y al término de la vigencia de la relación laboral. Asimismo, prohíbe la discriminación en relación a la formación, afiliación y operatividad de los sindicatos.

Por otro lado, se protege a los trabajadores de discriminación laboral a través de un conjunto de normas federales como la American with Disabilities Act, que protege a las personas con discapacidad; la Equal Pay Act de 1963, que busca la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres; la Age Discrimination in Employment Act, que prohíbe la discriminación laboral en razón de la edad; la Uniform Service Employment and Reemployment Rights Act, que prohíbe la discriminación a trabajadores por estar realizando el servicio militar, o por haberlo o no realizado; y la Black Lung Act, que prohíbe la discriminación de las empresas operadoras de la minería respecto de los trabajadores que hayan contraído la enfermedad de neumoconiosis.⁴⁹⁵

492 Steven L. Willborn, Stewart J. Schwab, John F. Burton, Gillian L.L. Lester, *Employment Law Cases and Materials* 395 (5th ed., LexisNexis Law School Publishing 2012).

493 §703 (a)-(d) [42 U.S.C. §2000e-2]

494 Esta norma es de carácter federal, es decir rige para todo el territorio del país. A esto se oponen otras normas de carácter estatal, que rigen solamente para el Estado donde fueron promulgadas.

495 Disponible en https://www.law.cornell.edu/wex/employment_discrimination

Tipos de Discriminación en el Empleo.

A través de la jurisprudencia, los tribunales de justicia de los Estados Unidos han desarrollado una amplia doctrina que distingue entre dos tipos de discriminación: el *Disparate Treatment* (en español, el tratamiento desigual) y el *Disparate Impact* (en español, el efecto desigual”).

En términos generales, el *Disparate Treatment* se refiere a actos del empleador en que éste intencionalmente trata de forma desigual a un trabajador en alguna de las categorías protegidas por el Título VII de la Ley de Derechos Civiles, es decir, por motivos de raza, color, religión, sexo u origen del trabajador. Por otro lado, el *Disparate Impact* se refiere a actos en los cuales el empleador, si bien no tiene la intención de tratar desigualmente a un trabajador en razón de alguna de las categorías señaladas, produce un efecto discriminatorio. Un caso de *Disparate Treatment* sería, por ejemplo, no contratar, no promover o despedir a un trabajador por ser de raza afroamericana. Por otro lado, un caso de *Disparate Impact* sería, en un ejemplo similar al anterior, el impedir a las trabajadoras afroamericanas usar trenzas en el trabajo. Si bien pareciera razonable exigir un cierto código de vestimenta, esa regla podría ser discriminatoria en contra de las trabajadoras afroamericanas, pues ellas usan las trenzas como parte de su cultura.

Se ha desarrollado la teoría del *Systemic Disparate Impact*, que se produciría, por ejemplo, en el caso de una empresa que realiza un examen pre ocupacional en un proceso de selección de personal que es reprobado sistemáticamente por los postulantes de raza afroamericana, lo que deriva en que dichos postulantes nunca (o pocas veces en relación al resto de los postulantes) obtienen el puesto. El acto discriminatorio sería la realización del examen pre ocupacional.

Lo relevante en estos tres casos de discriminación es observar cómo cambia la carga de la prueba. En el primer caso, el trabajador deberá probar que el motivo del acto del empleador era discriminatorio per se; en el segundo y tercero, en cambio, es el empleador quien tiene la carga de probar que la medida tomada es “neutra” y que en ningún caso buscaba el efecto obtenido, sino que se debe a una coincidencia u otra razón.

6. MEDIDAS PARA PREVENIR Y/O SANCIONAR ACTOS DE DISCRIMINACIÓN EN CHILE.

La legislación chilena contempla ciertas medidas para prevenir y/o evitar actos de discriminación en el marco de una relación laboral en la Ley de Antidiscriminación y en el Código del Trabajo, las que tienen diversas consecuencias.

Como ya se mencionó, la Ley de Antidiscriminación otorga una acción de carácter civil a las víctimas de un acto de discriminación arbitraria en virtud de la cual pueden solicitar a un tribunal civil que dicte una resolución tendiente a: (1) revocar el acto discriminatorio, (2) evitar que se realice nuevamente, o (3) forzar al victimario de tal acto que ejecute alguna acción tendiente a dejar sin efecto el acto discriminatorio si éste consistió en una omisión.

Asimismo, si se comprueba que el demandante ha sido discriminado, el tribunal podrá tomar medidas para proteger a la víctima e imponer una multa a quien ha ejecutado el acto (u omisión) discriminatorio correspondiente a 5-50 UTM. Por otro lado, si un delito es motivado por la discriminación, se considera un agravante al delito, lo que podría aumentar la pena de quien comete tal delito.

El Código del Trabajo consagra un procedimiento judicial de tutela de los derechos fundamentales para la protección de los trabajadores en caso de discriminación en razón de su raza, sexo, edad, religión o sindicalización, entre otros, que se inicia a través de una denuncia. Si antes se ha recurrido a la Inspección del Trabajo tiene lugar un procedimiento de mediación, y si no se llega a acuerdo se inicia un juicio por vulneración de derechos fundamentales.

En caso de haber indicios suficientes para determinar que existió una discriminación arbitraria o una violación a los derechos fundamentales del trabajador denunciante, será el empleador quien deberá destruir tales indicios para acreditar que el acto no fue discriminatorio, sino razonable.

Las sanciones al empleador que incurre en un acto discriminatorio son diversas. Además de Multa, en caso que el acto discriminatorio haya sido con ocasión del despido del trabajador, el empleador deberá pagar al trabajador la indemnización por término de contrato que habría correspondido de establecerse que el despido ha sido injustificado, indebido o improcedente (los años de servicio que corresponda por cada año trabajado o fracción superior de 6 meses, con un tope de 90 Unidades de Fomento como base de cálculo y de 11 años de servicio, con un recargo que puede ser del 30%, 50%, 80% según la causal de despido invocada por la empresa, más la indemnización sustitutiva de

aviso previo, que corresponde a una remuneración mensual adicional con el tope de 90 Unidades de Fomento ya señalado).

Además, el tribunal ordenará al demandado al pago de una indemnización adicional de 6 a 11 meses de remuneración, a menos que el despido haya sido calificado como grave, en que el juez podrá ordenar la reincorporación del trabajador, situación que se contempla muy excepcionalmente en la ley laboral chilena.

Por otro lado, en virtud de lo establecido por el artículo 4 de la ley 19.886, que regula la contratación pública, las empresas que hayan sido condenadas por vulneración a los derechos fundamentales de alguno de sus trabajadores no podrán contratar con la administración del Estado por los dos años siguientes a la fecha de la sentencia condenatoria. Esta sanción es sin duda la más onerosa para las empresas, tanto para aquellas que contratan con el Estado como las que no lo hacen pero quieren mantener sus opciones abiertas.

Finalmente, las empresas condenadas aparecerán en un registro público, lo que sin duda puede dañar su reputación. Consumidores, clientes, proveedores e inversionistas tanto nacionales como extranjeros podrían mirar con malos ojos a una empresa que aparece públicamente como vulneradora de derechos fundamentales de sus trabajadores.

7. MEDIDAS PARA PREVENIR Y/O SANCIONAR ACTOS DE DISCRIMINACIÓN EN ESTADOS UNIDOS

La medida más relevante del sistema jurídico de los Estados Unidos en esta materia son los actos de *Discriminación Positiva*. También se han implementado medidas relativas a la contratación pública y pagos compensatorios por el daño sufrido por la víctima de discriminación.

- *La Discriminación Positiva.*

Como se señaló, Estados Unidos es una nación formada por inmigrantes, lo que explica que, tratándose de la discriminación, ésta se ha producido en forma importante por motivos de raza. Parte de la doctrina norteamericana ha planteado que la única opción válida para lograr una sociedad diversa y eliminar la discriminación es el *Colorblind Ideal*, que postula que la ley no debería distinguir en razón de su raza pues todas las personas deberían ser tratadas de la misma manera⁴⁹⁶. Otros

496 Diccionario Black Law.

plantean que ésa no es una alternativa válida para lograr el objetivo de eliminar la discriminación por raza, y que la ley debe construir una igualdad para personas de diferentes razas (u otras categorías) a través de las llamadas *Affirmative Actions* o actos de *Discriminación Positiva*.

El sistema de discriminación positiva consiste en un conjunto de acciones que buscan eliminar la discriminación pasada y actual, remediar los efectos de actos de discriminación pasados, y crear sistemas que prevengan futuros actos de discriminación⁴⁹⁷. Un caso de discriminación positiva sería, por ejemplo, exigir a las universidades una cuota determinada de alumnos de color (o podría ser de diversas razas, nivel socio económico, orientación sexual, etc.) en sus aulas.⁴⁹⁸

- *Contratación con la administración del Estado.*

De acuerdo a la Executive Order 11246⁴⁹⁹, los contratistas del Estado “no pueden discriminar a los postulantes a un trabajo en razón de su raza, credo, color, u origen nacional. El contratista deberá realizar actos de discriminación positiva para asegurar que esos postulantes sean contratados, y durante la relación laboral deberán ser tratados sin importar su raza, credo, color, u origen nacional”.⁵⁰⁰

Esta resolución exige la realización de actos de discriminación positiva durante la relación laboral, en los ascensos y descensos, cambios de lugar, procesos de selección, despidos o términos de contrato, salarios y beneficios, y selección de postulantes a programas de entrenamiento.⁵⁰¹

Por otro lado, el Programa Federal de Cumplimiento de Contratos (OFCCP) establece ciertas guías para los actos de discriminación relativos a las categorías de raza, color, género, religión y origen nacional⁵⁰². Las guías más relevantes son las siguientes:

497 Disponible en http://www.washingtonpost.com/opinions/for-discrimination-race-affirmative-action-and-the-law-by-randall-kennedy/2013/08/30/4c136aa2-090f-11e3-9941-6711ed662e71_story.html

498 Este tema fue discutido en el caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Fisher v. University of Texas at Austin*, 133 S.Ct. 2411, 2417, U.S. (2013). Entre otros, el argumento de los defensores de la discriminación positiva se basó en que la educación debe asegurar una educación diversa, que emule la “vida real” en los Estados Unidos.

499 Exec. Order No. 11246, 30 FR 12319

500 *Idem*.

501 *Idem*.

502 Disponible en <http://www.dol.gov/ofccp/regs/compliance/fs11246.htm>

- La Executive Order 11246 prohíbe a los contratistas del Estado que ganen más de US\$10,000 al año en negocios con el Estado discriminar en las decisiones relativas al empleo por razones de raza, color, religión, sexo, u origen nacional⁵⁰³.
- Los contratistas del Estado “con 50 o más trabajadores y US \$50,000 o más en contratos con el Estado, deben desarrollar Programas de Discriminación Positiva (AAP) para cada uno de sus establecimientos”⁵⁰⁴. De generarse un problema asociado a un acto de discriminación, el contratista debe probar que ha realizado un AAP y que ha realizado actos de buena fe para otorgar iguales oportunidades de empleo⁵⁰⁵.
- Los OFCCP deben recibir las denuncias e investigar las prácticas de los contratistas del Estado⁵⁰⁶.
- Si los contratistas del Estado no cumplen con la Executive Order, se inicia un procedimiento de conciliación con el afectado. El resultado de ese proceso puede derivar en pagos, ofertas de trabajo, beneficios a trabajadores con antigüedad, ascensos u otras formas de compensar a las víctimas de discriminación⁵⁰⁷, como programas de entrenamiento. Luego, de no haber acuerdo, se inicia un procedimiento judicial.
- Si no hay acuerdo, se podrán imponer multas a los contratistas del Estado. Por ejemplo, podrían perder sus contratos con el Estado⁵⁰⁸ o podría prohibírseles contratar con el Estado en el futuro.⁵⁰⁹

- *Pagos Compensatorios por Actos de Discriminación.*

Según la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de los Estados Unidos (EEOC), el objetivo de las normas de antidiscriminación es “poner a la víctima de discriminación en el mismo lugar (o similar) al que habría estado si la discriminación no hubiera existido”⁵¹⁰. Sin embargo, el remedio en cada caso va a depender del acto discriminatorio y de los efectos que ha ocasionado en la víctima. Por ejemplo, si un trabajador ha sido despedido motivado por un acto de discriminación, lo razonable será reincorporarlo y pagarle los salarios y otros beneficios perdidos,

503 *Idem.*

504 *Idem.*

505 *Idem.*

506 *Idem.*

507 *Idem.*

508 *Idem.*

509 *Idem.*

510 Disponible en <http://www.eeoc.gov/employees/remedies.cfm>

e incluso los honorarios de los abogados. Por otro lado, el empleador deberá realizar esfuerzos reales para no volver a discriminar.

De acuerdo a la EEOC, los remedios a los actos de discriminación pueden incluir pagos compensatorios y daños punitivos cuando el acto fue intencionado y basado en “*la raza, color, origen nacional, sexo (maternidad), religión, discapacidad, o información genética*”⁵¹¹ del trabajador. Sin embargo, la cantidad que podría recibir la víctima está limitada según el tamaño del empleador. Para las compañías con 15 a 100 trabajadores, el límite es de US\$50,000; de 101 a 200 trabajadores, el límite es US\$100,000; de 201 a 500 trabajadores, el límite es US\$200,000; y desde 500 trabajadores, el límite es US\$300,000. Como los montos tienen un límite, las víctimas de discriminación generalmente buscan mayores compensaciones (por daños punitivos) en sede civil, basándose en la teoría del derecho de daños.

8. ANÁLISIS DE CASOS RELEVANTES RELATIVOS A LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN CHILE Y EN ESTADOS UNIDOS

Si bien existe una gran cantidad de casos (fallos) en los cuales se ha tratado el tema de la discriminación en el empleo, nos centraremos en un tema relevante tanto en Chile como en Estados Unidos. Además, nos referiremos a una “categoría protegida” (siguiendo el lenguaje de la legislación norteamericana) que sea relativamente similar en ambos países, como es el caso de trabajadores que alegan haber sido despedidos en razón de su edad. El objetivo de este capítulo es entender cómo los tribunales razonan para llegar a la conclusión de si existe o no discriminación por edad en cada caso.

- *Fallo de discriminación por edad en Chile.*

En el caso que presentaremos a continuación⁵¹², se analiza cómo el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso concluye que la decisión de despedir a una trabajadora de 58 años vulnera la garantía constitucional de igualdad ante la ley, pues existían indicios suficientes para concluir que la decisión del despido fue motivada por la discriminación en razón de la edad de la trabajadora.

511 Idem.

512 Rit T-2-2009, *Barckhahn con Corporación Colegio Alemán de Valparaíso*, Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 25 de abril de 2009.

Los Hechos. La demandante señala en su demanda que la empresa (Colegio) donde prestó servicios como profesora durante casi 20 años decidió despedirla debido a su edad y a que debido a lo anterior su salario era muy alto, no tendiendo el empleador más que la intención discriminatoria al momento del despido. El empleador se defendió de la demanda señalando que no hubo ánimo de discriminar a la trabajadora, sino que la decisión de despedirla a ella y a otros 11 profesores se debió a una reestructuración del programa educativo, lo que hacía necesario prescindir de los servicios de la actora.

La demandante en estos autos fundamenta sus alegaciones en las normas contenidas en el artículo 2, inciso 2 del Código del Trabajo que prohíbe la discriminación a los trabajadores, en el artículo 1 de la Constitución Política de la República que planea la igualdad ante la ley (base de la no discriminación de nuestro ordenamiento jurídico), en el artículo 19 número 16 de la misma norma, y en los tratados internacionales suscritos por Chile. Todas estas normas permiten concluir, a juicio de la demandante, que el despido vulneró su derecho fundamental a no ser discriminada.

El demandado de autos funda su defensa en el tercer inciso del artículo 485 del Código del Trabajo, *“según el cual para que se produzca una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, es necesario que el ejercicio de las facultades legales del empleador (poner término al contrato) haya limitado el pleno ejercicio de los referidos derechos sin justificación suficiente, o en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”*⁵¹³, lo que en este caso no ocurrió.

Fallo del Tribunal de Letras del Trabajo de Valparaíso. El tribunal de instancia falló a favor de la demandante, acogiendo la demanda de tutela de derechos fundamentales fundándose en que la trabajadora acreditó indicios de vulneración de su derecho fundamental de no ser discriminada, considerando además el Dictamen de la Dirección del Trabajo 3704/134 de 2004 que funda el derecho a no discriminación en la garantía de igualdad y dignidad de la Constitución Política de la República.

El fallo hace mención al Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación, de 1958, de la OIT, y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998, los que determinan que la garantía de igualdad supone la *“ausencia de arbitrariedad, es decir, el trato injustificadamente desigual, admitiendo en consecuencia, tratos desiguales a condición de que encuentren una*

513 Idem, pg. 5

*razonable justificación”.*⁵¹⁴

El tribunal de instancia señala que los requisitos para que se entienda que hubo discriminación sancionable son: (1) una diferenciación (distinciones, exclusiones o preferencias); (2) que dicha diferenciación se base, entre otros, en motivos de edad, y que no se base en la capacidad o idoneidad personal; y (3) que se produzca como resultado una desigualdad de trato (anulación o alteración de la igualdad de oportunidades). Señala el fallo que dichos elementos sí ocurrieron en el caso de autos.

Debido a los argumentos ya señalados, el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso acogió la demanda de la actora y el demandado fue condenado al pago de las indemnizaciones correspondientes: indemnización por años de servicio, sustitutiva de aviso previo, indemnización sancionatoria correspondiente a 8 meses de remuneración, entre otros pagos. Además, se condenó al empleador a realizar *“en su establecimiento, como actividad extra-programática, una jornada especial de reflexión sobre el tema de discriminación y a la que deberá convocar a todos los miembros de la comunidad escolar, incluyendo padres y apoderados, profesores, personal no docente y alumnos”.*⁵¹⁵

Fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Luego de la resolución del tribunal de instancia, el demandado presentó recurso de apelación en contra de la sentencia. La Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso, rechazando la demanda de tutela de derechos fundamentales, basándose en que si bien las normas procedimentales de la acción de tutela de derechos fundamentales requiere al demandante únicamente acreditar indicios de vulneración de un derecho fundamental, el artículo 2 del Código del Trabajo (que prohíbe al empleador a discriminar, entre otras cosas, en razón de la edad del trabajador) requiere al demandante acreditar la vulneración (discriminación), no bastando señalar indicios de ello.

Señala la Corte de Apelaciones que al tratarse del artículo 2 y no de las normas sobre tutela de derechos fundamentales, se vuelve a la norma general en materia probatoria del procedimiento ordinario laboral. Pues bien, la Corte de Apelaciones falló a favor del recurrente (el empleador), argumentando que la demandante no había logrado el estándar probatorio recientemente señalado. Por otro lado, el fallo plantea que el empleador sí acreditó que el despido de la demandante se fundó en la reestructuración del proyecto educativo, y por ello las necesidades de la empresa sí se encuentran acreditadas.

514 Idem, pg. 13.

515 Idem, pg. 21.

- *Fallo de discriminación por edad en Estados Unidos.*

En el caso que presentamos a continuación, se aprecia cómo la Corte Suprema del Estado de Massachusetts resolvió que no hubo discriminación por edad debido a que, si bien la empresa tomó la decisión de despedir trabajadores cuyos planes de retiro estaban por devengarse, la motivación de dicha decisión no había sido tomada totalmente en razón de los planes de retiro. Había un *mixed motive* o *motivo mixto*.

Los Hechos. El trabajador fue despedido con 62 años de edad, y aparentemente unas semanas antes de cumplir los años de servicio necesarios para que se devengara su plan de retiro⁵¹⁶. Asimismo, las pruebas presentadas indicarían que el empleador le habría ofrecido al trabajador permanecer en la empresa luego de su despido pero en régimen de trabajador independiente (a honorarios o consultor), lo que no lo haría merecedor del plan de retiro señalado.

El demandante plantea que fue despedido motivado por la discriminación por su edad, pues la empresa buscaba evitar que su plan de retiro se devengara. La demandada alega que la razón del despido se basa en que el trabajador estaba compitiéndole a la empresa.

Fallo de la Corte Suprema del Estado de Massachusetts. La Corte Suprema fundó su fallo en el hecho de que si bien la ley de antidiscriminación por edad (conocida como Age Discrimination in Employment Act o “ADEA”) permite la teoría del *Disparate Treatment*, no se da dicha figura cuando el motivo de la decisión de la empresa es algo distinto de la edad del trabajador despedido. En los casos en que se discute si hubo o no *Disparate Treatment*, para determinar la responsabilidad del empleador bajo la ADEA se debe acreditar que la categoría protegida (la edad) realmente fue el motivo de la decisión, que en este caso sería el despido del trabajador.

Si bien la edad podría haber sido un elemento a considerar para la toma de la decisión, para que exista vulneración de la ADEA es necesario que la edad haya tenido una *influencia determinante* en la realización del acto discriminatorio. La Corte Suprema señaló que es de la esencia de la discriminación por edad que el empleador haya decidido despedir al trabajador por considerar que la productividad y competencia de los trabajadores disminuye con la edad. De no haber existido tal raciocinio

516 En Estados Unidos no existe un sistema de pensiones como el de Chile, pues por regla general las empresas financian los planes de pensiones (retiro) de sus trabajadores cuando han cumplido ciertos requisitos. En este caso, el empleador financiaba los planes de retiros a trabajadores con ciertos años de servicio, los que el demandante estaba, aparentemente, a punto de cumplir.

-que a juicio de la Corte no ocurrió- no se produce una discriminación por edad. La edad y los años servidos a la empresa son elementos distintos. Por ello, las decisiones tomadas en consideración a los años de servicio no son basadas en la edad, sino en la cantidad de años trabajados para la compañía. Por todo lo anterior, despedir a un trabajador para evitar que se devenguen beneficios de pensiones no constituye una vulneración a la ADEA, es decir, no constituye un acto de discriminación por edad.⁵¹⁷

En síntesis, el tribunal de primera instancia resolvió que, si bien existieron vulneraciones a la ley de no discriminación por edad (ADEA), esas vulneraciones no habían sido intencionadas. La Corte de Apelaciones acogió en parte y rechazó en parte el recurso. Finalmente, la Corte Suprema resolvió que (1) despedir trabajadores para evitar que sus planes de retiro se devenguen no vulnera la ley de anti discriminación por edad bajo las normas de la ADEA, y (2) una vulneración a la ADEA es intencionada si el trabajador sabía o fue negligente en saber si la conducta estaba prohibida por dicha norma.

9. CONCLUSIONES

El objetivo de este párrafo es determinar -basándonos en la información presentada- de qué forma las legislaciones de Chile y de Estados Unidos han dado respuesta al problema de la discriminación laboral, y cuál, a nuestro juicio, resulta ser más eficaz.

Como se analizó, ambos países coinciden en limitar la contratación con la Administración del Estado a la existencia o no de casos de discriminación laboral. Por un lado, el sistema chileno prohíbe la contratación con el Estado cuando la empresa que participa en un proceso de contratación pública haya sido condenada por haber vulnerado los derechos fundamentales de sus trabajadores durante los dos años anteriores. En cambio, el sistema norteamericano incentiva la contratación pública de aquellos contratistas que realicen políticas que prevengan la discriminación.

Por otro lado, si bien tanto Chile como Estados Unidos tienen sistemas indemnizatorios que otorgan prestaciones a aquellos trabajadores que hayan sido discriminados o vulnerados en sus derechos fundamentales

517 Si bien escapa del análisis de este artículo, la Corte Suprema señaló que el despedir a un trabajador para evitar que su beneficio de pensión devengara, no es discriminación en virtud de la ADEA, pero sí es accionable a través de ERISA (la ley que regula el sistema de pensiones norteamericano).

por sus empleadores, el sistema chileno plantea una tasación de las indemnizaciones que, a nuestro juicio, tiene mayor eficacia para efectos de resarcir el daño causado. Recordemos que en Chile la ley plantea una indemnización adicional a las derivadas del término del contrato de trabajo consistente en 6 a 11 remuneraciones mensuales, mientras que en Estados Unidos el monto está tasado y depende del tamaño de la empresa. Nos parece mejor el sistema chileno dado que el monto está relacionado con el salario del trabajador, es decir, considera la situación particular de éste y no la realidad de la empresa donde trabaja.

Finalmente, creemos que un gran aporte de la legislación norteamericana son las exigencias de *Affirmative Actions* o hechos de discriminación positiva que pretenden incentivar la contratación, promoción o mejora en general de trabajadores en riesgo de ser discriminados. En Chile, hasta el momento no existen estas políticas, lo que nos parece un error. Creemos que el exigir de alguna manera razonable cuotas de contratación, por ejemplo, de trabajadores discapacitados, de diversas razas o de género, significaría una representación de la sociedad actual dentro de la empresa. Sin perjuicio de lo anterior, creemos que dichas políticas deben ser graduales y acordes con la realidad nacional. Exigir algo estricto y poco real sería una carga muy alta para las empresas, quienes son finalmente las que generan trabajo.

CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Martha Elisa Monsalve Cuellar⁵¹⁸

Miriam Real Garcia⁵¹⁹

SUMARIO

1. Introducción. 2. Etimología del verbo terminar. 3. Norma internacional que regula la terminación de la relación de trabajo. 4. Modos de terminación del contrato laboral en la legislación colombiana. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Surgida la relación de carácter sinalagmático a través del contrato de trabajo o relación laboral mediante la cual y por ese carácter las partes, trabajador y empleador, se obligan recíprocamente, surgen unos derechos y obligaciones que cada uno de ellos debe cumplir para el éxito del contrato o relación establecida. Pero los contratos no tienen el propósito de unir inexorablemente y de manera irredimible a las personas sin la posibilidad de que se dé por terminado ante algunas situaciones surgidas con posterioridad a su celebración; es así como el legislador estableció modos y causas para que tanto empleador como trabajador puedan terminar la relación laboral.

518 Doctora en Derecho y Ciencias Políticas, Estudios y Especializaciones en Derecho Laboral, Seguridad Social, Normas Internacionales del Trabajo; cursa Maestría en Derechos Humanos; Profesora Investigadora de la UGC; Consejera Técnica del Sector Empleador en la Conferencia de OIT desde 1989; Miembro del Comité de Laboralistas de la ANDI; Presidenta de ILERA Colombia y del ILTRAS; Conferencista Nacional e Internacional.

519 Abogada Universidad La Gran Colombia.

2. ETIMOLOGÍA DEL VERBO TERMINAR

Antes de profundizar en cada uno de los modos de terminación del contrato es preciso comenzar explicando el significado del verbo terminar. *Terminar*, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Larousse⁵²⁰, comprende “llevar el fin, dar término de una cosa”. Específicamente sobre la terminación del contrato, la doctrina lo ha definido de la siguiente manera:

Manuel Alonso García. “*La cesación definitiva de los efectos de la relación, motivada por alguna causa independiente de la voluntad de las partes o por un acto dependiente de dicha voluntad; la extinción implica cesación definitiva de los efectos, sin distinción alguna*”.⁵²¹

Enrique De la Villa. “*Se trata de un hecho jurídico en virtud del cual se extingue definitivamente a las partes de prestar las obligaciones recíprocas a que se hallan comprometidas por la celebración del contrato de trabajo*”.⁵²²

Alberto López Fajardo. “*Fenómeno jurídico mediante el cual las obligaciones ya cumplidas en los contratos de ejecución de tracto sucesivo y sus efectos no pueden ser echados hacia atrás. Al terminarse sobrevienen hechos o causas que le ponen fin a la relación y que se originan después de su celebración*”.⁵²³

Podríamos agregar que, siendo la creación del vínculo de naturaleza voluntaria con apoyo en la autonomía de las partes, esa misma voluntariedad y autonomía deben respetarse al extenso en el momento de su finalización, sea por causas legales o sin fundamento legal, con la indemnización de perjuicios a que haya lugar en este caso.

3. NORMA INTERNACIONAL QUE REGULA LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

En cuanto a normas de carácter internacional que regular la materia, La Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través del Convenio 158 fijó parámetros claros al respecto.

520 Larousse. 2006. Pág. 974.

521 *Introducción al estudio del derecho del trabajo*. Bosch editorial, Barcelona, España. 1968. Pág. 538.

522 *Instituciones del derecho del trabajo*. Ed. Ceura, Madrid, España. 1983. Pág. 186.

523 *Elementos del derecho del trabajo*. Ed. Ediciones del profesional. Bogotá. Colombia. 2006. Pág. 216.

3.1. Convenio 158 de la OIT.

En el derecho laboral, las restricciones a la autonomía de las partes para establecer las condiciones que regirán su relación laboral no implican que ésta se anule por completo, pues en ejercicio de la misma y de la libertad contractual de las cuales son titulares pueden alcanzar un acuerdo de voluntades que rijan una específica situación laboral, y optar para el efecto por una de las alternativas que prevé la ley para su terminación siempre y cuando tal acuerdo se establezca acogiendo y respetando, primero, los postulados básicos del paradigma de organización jurídico-política por la que optó el Constituyente, el del Estado social de derecho, y segundo, la normativa jurídica de orden público que rige ese tipo de relaciones, la cual, como se anotó antes, prevalece y se superpone a sus voluntades, normatividad que involucra no solo normas de carácter interno sino internacional, como es el caso del Convenio 158 de la OIT a través del que se regula la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

En términos de este convenio, las expresiones terminación y terminación de la relación de trabajo significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, y que para ello el empleador debe justificar la terminación pues no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Esto, precisamente en desarrollo del Convenio 87 sobre derecho de asociación y libertad sindical, promulgado y protegido por la misma OIT.

3.2. Motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo.

Entre los motivos que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo indica los siguientes:

- a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;
- b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes;

- d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;
- e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

Indica expresamente que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo, condicionando que para la ausencia temporal del trabajo se exigirá un certificado médico.

3.3. Procedimiento previo a la terminación del contrato.

Establece expresamente un procedimiento previo a la terminación del contrato, indicando que no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad. Pero que, aun así, el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro. Estos organismos estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.

3.4. Carga de la prueba.

En cuanto a la carga de la prueba, establece que el trabajador no está obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, estableciendo que:

- a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del presente Convenio
- b) los organismos encargados de resolver el recurso estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación, habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales.

En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa,

establecimiento o servicio, los organismos encargados de resolver el recurso estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación, si se llega a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

Además, el convenio establece que el trabajador tiene derecho a que se le dé un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso.

2.5. Indemnización por la terminación del servicio.

Indica este instrumento internacional que todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho:

- a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores;
- b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o
- c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.

Aclara que, en caso de terminación por falta grave, podrá preverse la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas como apenas es obvio si la terminación se dio a causa de una situación justificada en el comportamiento del trabajador.

El convenio también incluye dentro de ésta a los representantes de los trabajadores, indicando que cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, deberá:

- a) proporcionar a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de

- los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones;
- b) de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos.

Aclara el convenio que cuando se refiere a representantes de los trabajadores interesados se aplica a los representantes de los trabajadores reconocidos como tales por la legislación o la práctica nacionales, de conformidad con el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971.

4. MODOS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO LABORAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

A través del Artículo 5o. de la Ley 50 de 1990 se modificó el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, estableciendo los modos de terminación del contrato de trabajo.

1. El contrato de trabajo termina:
 - a. Por muerte del trabajador;
 - b. Por mutuo consentimiento;
 - c. Por expiración del plazo fijo pactado;
 - d. Por terminación de la obra o labor contratada;
 - e. Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento;
 - f. Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días;
 - g. Por sentencia ejecutoriada;
 - h. Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7o del Decreto-ley 2351 de 1965, y 6o de esta ley;
 - i. Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato (Art 51 C.S.T).

2. En los casos contemplados en los literales e) y f) de este artículo, el empleador deberá solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social resolverá lo relacionado con el permiso en un plazo de dos (2) meses.

El incumplimiento injustificado de este término hará incurrir al funcionario responsable en causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente.

4.1. Muerte del trabajador.

Sobre la primera de las causales de terminación del contrato, es preciso indicar que, tratándose del contrato de trabajo, la obligación principal de uno de los obligados, de manera precisa del trabajador, se concreta en una prestación personal e indeclinable y en razón misma a la persona del trabajador, es claro que su muerte le pone término al vínculo obligacional por cuanto resulta imposible el cumplimiento de su objeto principal, que es la realización de un servicio personal por parte del trabajador constituido en objeto esencial de la materialización del vínculo laboral, lo que reafirma la misma sentencia que a continuación se analiza.

Con base en lo anterior, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁵²⁴ ha indicado:

“(...) que, aunque la propia ley no lo previera, por fuerza de la propia naturaleza de la relación, desaparecido el objeto del contrato, deja este de existir por razón de la ausencia física de la persona natural contratada.

Una de las consecuencias de que el contrato de trabajo se entienda intuitu personae es, precisamente, que, por haberse pactado por razón a la persona del trabajador, (quien adquiere una obligación que como regla general, sólo él puede cumplir personalmente, esto es, personalísima), ante su fallecimiento no pueda ser atendida por otra persona, así sean sus sucesores. Por manera que la muerte del obligado, en este caso deudor de la prestación subjetiva, extingue las obligaciones para las dos partes, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de contratos, distintos al laboral, en los que sí es posible su continuación, pese al fallecimiento del deudor”.

En efecto, si hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración y quien recibe tal servicio, resulta apenas lógico que cuando quien debe prestar el servicio personal ya no pueda hacerlo, por el hecho de su fallecimiento, ello traiga como consecuencia la extinción del vínculo jurídico por la imposibilidad de su cumplimiento. Y esa extinción debe entenderse que se produce *ipso iure*, esto es, tan pronto se produce la muerte del trabajador, como que a partir de ese momento surge la imposibilidad material del adelantamiento de su objeto, de tal suerte que

524Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Radicación No. 38522. Bogotá, D. C. 25 de mayo de 2010.

no es necesario que se produzca algún acto jurídico para que se entienda que el contrato ha sido extinguido.

La anterior situación jurídica se presenta no solo cuando el empleado se hallare efectivamente cumpliendo el contrato de trabajo, esto es, prestando sus servicios, cuanto que también en el evento de que el contrato, pese a su plena vigencia y al mantenimiento de sus efectos, no se estuviere desarrollando efectivamente por no haberse dado cumplimiento a un fallo judicial que haya ordenado su restablecimiento, pues es claro que en ambos casos no podrá seguir surtiendo sus efectos ante el deceso del trabajador.

En ese sentido, por obvias razones, la ley tiene definido que la muerte del trabajador constituye una causa legal de terminación del contrato de trabajo sin que para esa terminación se requiera de formalidad alguna en especial, por no ser posible, por lo demás, la comunicación física de ese hecho por parte del empleador a su destinatario.

Si bien es cierto que algunas de las formas de extinción del contrato no operan de manera automática, pues precisan de la comunicación al empleado del hecho que la origina, como se dijo, obviamente esa exigencia no puede predicarse en el caso de muerte del trabajador, por no ser ello materialmente posible.

Cuando un trabajador fallece, el empleador tiene la obligación de:

- a) Comunicar el hecho del fallecimiento a la entidad de seguridad social a la que se encontraba afiliado y a la caja de compensación familiar;
- b) cancelar los salarios adeudados y las prestaciones sociales causadas a los herederos, para lo cual se genera igualmente de comunicar a terceros presuntos acreedores a presuntos; y
- c) en cuanto a los gastos de entierro y a la transmisión de derechos pensionales, le corresponde o está a cargo de la seguridad social siempre y cuando el trabajador hubiere estado afiliado.

4.2. Terminación por mutuo acuerdo.

En aplicación del principio de la buena fe que rige las relaciones contractuales, se parte de la base de que el retiro voluntario de un trabajador supone su libre consentimiento para hacer dejación del empleo que desempeña. Para materializarlo, puede presentar su manifestación unilateral de su parte o bien convenir con su empleador la terminación del contrato por mutuo acuerdo. Lo importante es que la voluntad del trabajador esté libre de presiones o de constreñimientos, de manera que no exista duda de que la cesación de labores ocurrió por un acto suyo

plenamente consciente.

Sobre el particular, ha dicho la Corte Suprema de Justicia⁵²⁵ que la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo puede provenir por iniciativa del empleador o del trabajador, sin importar la causa que lo motive, en tanto la única exigencia es que el consentimiento no esté viciado de error, fuerza o dolo. Si existiere algún vicio en el consentimiento del trabajador, éste podrá argumentar vulneración de derechos y vicios en el consentimiento, y lograr no solo su reintegro laboral sino también una cuantiosa indemnización.

4.2.1. Terminación del contrato por mutuo consentimiento en trabajadores con estabilidad laboral reforzada.

Es de resaltar que la normatividad laboral establece una especial protección a los trabajadores con condiciones especiales, que los hace ser beneficiarios de una estabilidad laboral reforzada. Ha dicho la jurisprudencia⁵²⁶:

Para dar por terminado, de mutuo acuerdo, un contrato laboral con un trabajador que goza de estabilidad laboral reforzada por razones de salud física o mental, el empleador debe (i) acudir al inspector de trabajo a solicitar permiso; (ii) dar a conocer a la autoridad las razones por las cuales al trabajador se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, y (iii) cerciorarse de que el trabajador conozca las protecciones que le otorga la Constitución y la ley por su especial condición de salud. Una vez el inspector del trabajo llegue al conocimiento de tales circunstancias, deberá decidir si autoriza o no la terminación.

El acuerdo de voluntades para dar por terminado el contrato de trabajo *“puede originarse por sugerencia de cualquiera de las dos partes en él vinculadas sin que se desvirtúe ese asentimiento por el hecho de estar condicionado a un beneficio que debe recibir una de ellas, sin que influya para el efecto la forma lícita que se utilice para plasmar esta mutua decisión, ya sea que se acuerde verbal, mediante documento proveniente de ambas partes, a través de carta convenida de renuncia, por conciliación celebrada ante autoridad competente, etc”*.⁵²⁷

Por otra parte, tampoco⁵²⁸ es viable partir de que el verdadero motivo de terminación del contrato, en el caso de mutuo consentimiento, fue la

525Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas, Radicación N.º 55774. Bogotá, D.C. 6 de mayo de 2015.

526Corte Constitucional. Sentencia T-217 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

527DE LAFONT DE LEÓN, Francisco Rafael Ostau. *Tratado de derecho laboral individual*, Tomo 1. Ed. Ciencia y derecho. Pág. 422. 3º edición 2009.

528Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. Radicación No. 46702, Bogotá, D.C. 6 de agosto de 2014.

intención del empleador de terminar la relación laboral y no el mutuo acuerdo, por cuanto, independientemente de la decisión ya tomada por el empleador de despedir al trabajador con base en una justa causa, bien pueden las partes, en aras de solucionar la controversia, lograr una avenencia sobre los derechos dudosos del trabajador derivados del modo de terminación del contrato y arribar a la fórmula de consenso de que este terminó por mutuo acuerdo, por el artículo 61, literal b). Dicha causal no exige más sino el mutuo acuerdo sin importar de quién fue la iniciativa, eso sí bajo el supuesto indispensable de que las manifestaciones de voluntad estén exentas de vicios señalados.

La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral (sentencia del 4 de julio de 2002, Rad. 18299), adoctrinó lo siguiente:

Estima la Sala pertinente precisar por vía de doctrina que en la vida del derecho las manifestaciones de voluntad de los particulares en principio son revocables, a menos que la ley expresamente lo prohíba o que dadas las circunstancias concretas ello sea improcedente. Específicamente en el campo laboral los cambios de decisión de un trabajador o sus nuevas manifestaciones de voluntad son legalmente admisibles si son oportunos y si con ellos no se quebrantan los derechos mínimos, los irrenunciables y en general los que le discierne la legislación laboral. Es así como una vez presentada una renuncia puede el dimitente retractarse de ella si no le ha sido aceptada, con mayor razón si el contrato de trabajo se halla en plena vigencia.

De análoga manera, el despido del empleador no es por sí solo signo de coacción ni de ejercicio indebido de sus atribuciones que enerve la posibilidad de que el trabajador llegue a un avenimiento posterior con su patrono, ya bien para evitar un proceso ulterior o por cualquier circunstancia que lo favorezca o que consulte de modo plausible su fuero interno, siempre que la manifestación de voluntad del trabajador sea inequívoca, obedezca a su determinación libérrima, exenta de fuerza o de presiones.

Si conforme al numeral sexto del artículo 6° de la Ley 50 de 1990, después de un despido injustificado no hay lugar al pago de indemnizaciones legales si las partes acuerdan restablecer el contrato de trabajo en los mismos términos y condiciones que lo regían al momento de su ruptura, esa misma lógica impera cuando, después de notificado un despido y hallándose el contrato aún vigente las partes convienen libremente como forma de terminación del contrato el mutuo acuerdo, a fortiori si está acompañado del reconocimiento al empleado de una bonificación igual o superior a las indemnizaciones legales a que tendría derecho en caso de despido injustificado. Naturalmente, si la dimisión del trabajador no ha sido libre ni voluntaria sino fruto de maniobras patronales fraudulentas

o indebidas, o de circunstancias legalmente inadmisibles, diferentes del simple despido, tal comportamiento censurable de ninguna manera está prohijado por el derecho...”.

Si bien el ordenamiento jurídico laboral es garantista para el trabajador en razón a que se considera la parte débil de la relación, a causa del poder subordinante del empleador propio del contrato de trabajo, también lo es que aquel le pone límites a ese poder al sobreponerle el honor, la dignidad y los derechos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos vigentes en el país, artículo 23 del CST. En ese orden, la protección al trabajador reconoce también el respeto a su capacidad de tomar las decisiones que, a su juicio, mejor le convengan, sobre la base de la irrenunciabilidad de los derechos mínimos concedidos en la ley laboral y de origen constitucional.

Refuerza lo anterior lo establecido por la Corte Suprema - Sala de Casación Laboral (sentencia del 3 de oct. de 1995, rad. 7712):

“Partiendo del supuesto de ser el contrato de trabajo un acuerdo de voluntades, y de que el trabajador como sujeto de derecho tiene capacidad para celebrarlo e igualmente para terminarlo, ni su celebración ni su terminación puede ser entendida como un acto en el cual él es mirado como un objeto que pasivamente se somete a las decisiones de aquél con quien contrata. La dignidad que como ser humano tiene el trabajador obliga a rechazar cualquier concepción doctrinaria que dé base para concluir que el trabajador no está en condiciones de deliberar en un momento dado si le conviene o no permanecer bajo un determinado vínculo contractual, y mucho menos que tiene la obligación de aceptar cualquier propuesta, por bien intencionada que ella sea, de su patrono, y que no le es lícito discutirla o proponer fórmulas de acuerdo diferentes, bien sea para seguir trabajando o para dejar de hacerlo y terminar por mutuo consentimiento el contrato.”

Lo acabado de decir no significa que, en un caso determinado semejante al del *sublite*, no puedan darse vicios del consentimiento del trabajador, solo que, para efectos de darlos por acreditados, no basta con que se pruebe la decisión previa del empleador de despido con justa causa, sino que es menester aportar otros elementos de juicio sustentados en pruebas que, conforme a la sana crítica del juzgador, lo convenzan de que éstos se presentaron.

4.3. Por expiración del plazo fijo pactado.

El artículo 64 señalaba que, si el trabajador renunciaba intempestivamente sin justa causa comprobada, debía pagarle al

empleador una indemnización equivalente a 30 días de salario, que podía descontarse de lo que se le adeudara por concepto de prestaciones sociales. El objeto de establecer ese término para dar aviso era que tanto el trabajador como el empleador contaran con un tiempo razonable para buscar un nuevo empleo o para encontrar un sustituto del cargo. Con la ley 789 de 2002 se eliminó para el trabajador la obligatoriedad del preaviso, pero continúa vigente para el empleador.

La Corte Constitucional (sentencia C-016 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz) analizó la constitucionalidad de esta causal y se determinó que este tipo de contratos no son *per se* inconstitucionales. Asimismo, se defendió la garantía de permanencia de los trabajadores vinculados mediante este tipo de contratos indicando:

“El solo vencimiento del plazo inicialmente pactado, producto del acuerdo de voluntades, no basta para legitimar la decisión del patrono de no renovar el contrato, sólo así se garantizará, de una parte la efectividad del principio de estabilidad, en cuanto “expectativa cierta y fundada” del trabajador de mantener su empleo, si de su parte ha observado las condiciones fijadas por el contrato y la ley, y de otra la realización del principio, que señala la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral. En esta perspectiva, lo dispuesto activa para el trabajador un mecanismo de protección para su derecho a la estabilidad laboral, pues si como allí se señala el patrono no le notifica la terminación del contrato, éste se entenderá renovado por un término igual. La renovación sucesiva del contrato a término fijo, no riñe con los mandatos de la Constitución, ella permite la realización del principio de estabilidad laboral, pues siempre que, al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia de trabajo y las causas que lo originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación.”

Adicionalmente, ha indicado la Corte Constitucional⁵²⁹ que:

“Los denominados contratos a término fijo no son inconstitucionales, ellos son permitidos siempre que provengan del acuerdo entre las partes, es decir que haya consenso entre el empleador y el trabajador sobre la duración de la relación laboral, y no de la imposición del legislador, pues ésta se opone a la Carta en cuanto condena por vía general a una determinada clase de trabajadores a la inestabilidad en el empleo.

Lo inadecuado entonces se da -a la luz de la Constitución- cuando la ley, violando la estabilidad laboral, impone pactos o convenios por una duración máxima determinada.”

529Corte Constitucional. Sentencia C-483 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los empleadores en el ejercicio de su actividad empresarial pueden pactar de mutuo acuerdo la suscripción de contratos a término fijo, les asiste en virtud del principio de solidaridad (C.P. art. 95) y de la estabilidad en empleo (C.P. art. 53) el deber de mantener al trabajador siempre y cuando (i) subsista la materia del empleo, (ii) el trabajador cumpla sus obligaciones contractuales y legales, y (iii) no represente una alteración de su actividad económica.

Desde luego, dicha estabilidad laboral se convierte en una restricción al ejercicio⁵³⁰ de la autonomía individual y el acuerdo de voluntades entre las partes cuando se trata de definir las condiciones en las que se desarrollará una relación laboral, pues tales circunstancias estarán supeditadas a las reglas constitucionales y legales, categoría que incluye el mandato de estabilidad laboral reforzada. Por consiguiente, el acuerdo de voluntades que da origen al contrato de trabajo está restringido y sometido a las disposiciones constitucionales que rigen la materia y se superpone a la autonomía de las partes.

Pero en el caso de la estabilidad laboral reforzada, la cual se amplió para las personas con afectaciones de su salud sin consideración a una previa calificación, igualmente evolucionó en considerar que no solo aplicaba para los contratos a término indefinido sino también para aquellos de duración específica, como los contratos de labor u obra. En efecto, en la sentencia T-449 de 2008, (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), la Corte señaló:

“[E]n los contratos laborales celebrados a término definido en los que esté inmerso un sujeto de especial protección y en los que el objeto jurídico no haya desaparecido, no basta con el vencimiento del plazo o de la prórroga para dotar de eficacia la terminación unilateral del contrato, sino que, es obligación del patrono acudir ante Inspector del Trabajo para que sea éste quien, en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, determine si la decisión del empleador se funda en razones del servicio, como por ejemplo el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones que le eran exigibles, y no en motivos discriminatorios, sin atender a la calificación que formalmente se le haya dado al vínculo laboral.”

En síntesis, la *estabilidad laboral reforzada* ha sido un tema de relevancia constitucional, y su fin es asegurar que el trabajador en estado de debilidad manifiesta no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo poniendo en riesgo su propio sustento y el de su familia; por ello, el término pactado para la duración de la labor contratada pierde toda

530 Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

su relevancia cuando es utilizado como causa legítima por el empleador para ocultar su posición dominante y arbitraria en la relación laboral ejerciendo actos discriminatorios contra personas particularmente vulnerables y en *condiciones de debilidad manifiesta*. Tal deber constitucional limita o restringe la autonomía empresarial y privada imponiendo cargas solidarias de garantizar la permanencia no indefinida, pero sí acorde con la situación de debilidad sufrida por el trabajador.

En efecto, si bien en el ejercicio de la voluntad de las partes y en el desarrollo de la actividad empresarial los patronos pueden optar por la modalidad contractual de limitar por tiempo definido sus contratos y someterlos al cumplimiento de la labor u obra, esta facultad se ve delimitada por normas constitucionales que tutelan el derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada para aquellos grupos de especiales condiciones. Con todo, esta estabilidad no supone que el trabajador sea inamovible, pues una vez se presenten causales objetivas (situaciones de indisciplina, ineficiencia y bajo rendimiento) que autorizan a la terminación unilateral del contrato de trabajo, deben ser observadas las reglas propias del debido proceso que son exigibles a los particulares, garantizándose concretamente el derecho a la defensa, que exige del empleador informar los motivos que originaron el despido y reconoce al trabajador la posibilidad de controvertir las razones aludidas. Pero en todo caso, como se explicó en el aparte anterior, si el trabajador se encuentra en una situación de protección especial debe mediar autorización de la autoridad del trabajo so pena de la ineficacia de tal despido.

4.4. Por terminación de la obra o labor contratada.

Cuando se suscribe un contrato laboral por obra o labor contratada éste no contiene una fecha exacta de terminación; lo esencial en este contrato es objeto del mismo para que así el tiempo del contrato sea determinable, pues este contrato termina cuando se finalice la obra o labor, de lo contrario podría considerarse como una relación laboral a término indefinido.

Desde sus inicios, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁵³¹ ha indicado que:

“(...) cuando el contrato de trabajo tiene por objeto la realización de una obra o labor determinada, es preciso que él se demuestre sin lugar a dudas por que invoca esa modalidad, pues ella determina fenómenos jurídicos de trascendencia en cuanto a su terminación. Debe quedar clara la naturaleza misma de la labor

531 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de octubre de 1954.

y que el acuerdo se concluyó teniéndola en cuenta, pues de allí resulta que las partes entendieron que la duración del contrato quedaba condicionada a su ejecución, y aceptaron de antemano como plazo de la relación el que resultara de su cumplimiento.”

Lógico es que una vez terminada la obra o labor contratada se dé por terminada la relación laboral, por tanto no hay que dar aviso de terminación.

4.5. Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento.

Según de la Font, “la quiebra por sí sola no termina el contrato de trabajo. Puede ser un modo de terminación si conduce a la clausura o liquidación de la empresa o establecimiento o la suspensión de actividades del empleador, durante más de 120 días”⁵³², ya que esta causal la terminación no debe responder al querer caprichoso, omnímodo o injustificado del empleador, la Jurisprudencia al respecto ha indicado que:

“La terminación de los contratos laborales como consecuencia de la declaratoria judicial de liquidación, en el marco de un proceso de insolvencia empresarial, no vulnera la protección constitucional que se brinda al derecho al trabajo (Art. 25, 53 y preámbulo), ni el debido proceso (Art. 29), en razón a que se trata de una medida que no obedece a la voluntad omnímota e incontrolada del empleador. Por el contrario, se encuentra justificada en razones fundadas en la necesidad de proteger el crédito y de propiciar un mejor aprovechamiento de los activos en beneficio de todos los acreedores. De manera concurrente, se contemplan mecanismos de compensación como la indemnización causada en razón a que la terminación contractual se origina en motivo no imputable al trabajador. Adicionalmente, los créditos laborales están rodeados de salvaguardas como la prelación que se les reconoce en el proceso de calificación y graduación; y finalmente, se trata de una medida sometida a supervisión judicial y seguimiento por parte del Ministerio de la Protección Social.”⁵³³

Con base en lo anterior, la normatividad colombiana prohíbe al empleador el cierre intempestivo de la empresa, pero concibe que en casos de liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, o suspensión de actividades por más de 120 días, el empleador solicite el correspondiente permiso al Ministerio de Protección Social e informe por escrito a sus trabajadores de este hecho.

Corresponde al Ministerio resolver lo relacionado con el permiso en un plazo de dos meses, y después de que el empleador o empresa obtenga la autorización, ésta deberá pagar a los trabajadores afectados

532 DE LAFONT DE LEÓN. Ob. Citada. Pág. 426.

533 Corte Constitucional. Sentencia. C- 071 de 2010. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

la indemnización legal que le habría correspondido al trabajador si el despido se hubiera producido sin justa causa legal si la liquidación o terminación de la empresa se realizara por causa proveniente del empleador, pero si el cierre o liquidación proviene de caso fortuito o fuerza mayor, no habrá lugar a indemnización.

En los dos casos se debe igualmente dar aviso al Ministerio de Protección Social, quien es la autoridad competente para conceder el permiso para la liquidación o clausura; a su vez dirá si el despido es colectivo.

Sobre el caso en particular, cuando la terminación del contrato se da por liquidación de empresas privadas, la Corte Suprema⁵³⁴ ha indicado:

“La disolución de la persona jurídica privada que es objeto de liquidación, y el consecuente cese de su actividad productiva, no puede constituirse en un espacio para el desconocimiento o la vulneración de los derechos de las personas que allí laboraban. Los derechos consagrados en los artículos 25 y 53 de la Constitución Nacional y del derecho al mínimo vital, hacen imperativo que el proceso liquidatorio sea respetuoso de los derechos de los trabajadores.

Por esta razón, la crítica situación financiera que pueda enfrentar una empresa no la releva del deber de cumplir con sus obligaciones previamente adquiridas, *“por cuanto es obligación de las entidades públicas o privadas, prever con antelación las partidas presupuestales indispensables que conllevan a la garantía y cumplimiento puntual de las obligaciones laborales”*. En cualquier caso, si ello no fue previsto, las acreencias laborales deben tener una efectiva prelación frente a las demás deudas asumidas por la empresa, y deben ser pagadas conforme a las condiciones pactadas en las convenciones colectivas, si a ello hay lugar.

En cuanto a la prelación de los créditos laborales, la legislación laboral y civil establece que *“los créditos causados o exigibles de trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase de créditos que establece el artículo 2495 del Código Civil”*, y que *“cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gastos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos”*. De este modo, el pago de los créditos de carácter laboral guarda una prelación absoluta sobre las demás obligaciones, incluso sobre aquellas otras que el código civil califica como de primer grado.

Lo anterior se encuentra en concordancia con las disposiciones de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T), que en el Convenio 95 *“relativo a la protección del salario”* establece que, en caso de quiebra

534 *Ibidem*.

o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados deben ser considerados como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios, y deben tener una relación de prioridad frente a los demás créditos preferentes:

“1. En caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados en la misma deberán ser considerados como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, que será determinado por la legislación nacional, o en lo que concierne a los salarios que no excedan de una suma fijada por la legislación nacional.

2. *El salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo que les corresponda.*

3. *La legislación nacional deberá determinar la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes”.*

Por su parte, en sede de revisión de tutela, la Corte Constitucional⁵³⁵ ha protegido otras prestaciones derivadas de la relación laboral a aquellos trabajadores cuya situación frente a la empresa en liquidación amenazaba con constituirse en una violación a sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y al trabajo, estableciendo los siguientes criterios:

(i) *“La necesidad de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores de la empresa en liquidación impone a su liquidador la obligación de adelantar las gestiones tendientes al pago de las acreencias laborales, entre ellas los aportes a la seguridad social. Estos rubros, en todo caso, constituyen gastos de administración al interior del trámite liquidatorio”.*

(ii) Cuando la empresa se ha comprometido con el pago de las pensiones de sus trabajadores, sin constituir las garantías necesarias para asegurar el pago oportuno de las mesadas, o si ha dejado de pagarlas oportunamente, es exigible la realización de pagos de mesadas pensionales a cargo de la entidad, *“en consideración a los dineros disponibles que se vayan recaudando, sin que para el efecto sea necesario esperar a la terminación del proceso de liquidación obligatoria”.*

(iii) No es suficiente con que la empresa que se encuentra en un proceso concursal establezca un acuerdo de pago con las entidades administradoras de pensiones referentes a las mesadas dejadas de cancelar. *“Los derechos constitucionales en juego sólo resultan debidamente protegidos a través del pago efectivo de los aportes”.*

(iv) El empleador está obligado a asumir las prestaciones y reconocer los perjuicios a que haya lugar, en relación con el suministro

535

Ibidem.

de prestaciones médico asistenciales cuando haya dejado de realizar los aportes oportunamente al Sistema de Seguridad Social en Salud. En este evento, *“las E.P.S que venían prestando el servicio deben hacerse parte dentro del proceso liquidatorio con el fin de obtener el pago de las sumas adeudadas”*.

El propósito de la norma, al consagrar de esa manera este modo de terminación del contrato, es “consagrar un derecho para el trabajador, la estabilidad y el deber correlativo para el empleador de respetarlo. Esa estabilidad no queda dependiendo de la voluntad y arbitrio del empleador como para que pueda entenderse que el empresario le basta hacer desaparecer, o propiciar el desaparecimiento de las causas que dieron origen al contrato o la materia del trabajo, para que aquel se tenga como extinguido de forma legal y justificada”⁵³⁶.

4.5.1. Despido colectivo de trabajadores.

El ordenamiento jurídico colombiano contempla una prohibición general frente a los despidos colectivos de trabajadores, y regula las circunstancias excepcionales en que esta alternativa resulta compatible con el derecho, siempre y cuando cuente con la autorización previa del Ministerio de la Protección Social, mediando justificación comprobada del empleador para el efecto. Así, por ejemplo, en Sentencia del 2 de diciembre de 1996, la Sala de Casación Laboral, dijo:

“La liquidación definitiva de una empresa, su clausura o suspensión total o parcial, es un modo -vigente- de terminación del contrato de trabajo expresamente previsto tanto para el sector de los trabajadores oficiales como para el de los trabajadores particulares, y las causas que lo determinan, tratándose de entidades oficiales, podrían confundirse con el concepto “interés público o social”.

(...) dentro del sistema legislativo actual, el Estado garantiza la estabilidad en el empleo, con indemnización o con reintegro, según el caso...

Por lo que hace al cargo que aquí se formula la Corte encuentra que lo determinante para el Tribunal al adoptar su decisión, fue el hecho de haber desaparecido físicamente la Secretaría de Obras Públicas del Municipio demandado y todos sus cargos, lo cual hizo imposible, o, al menos, desaconsejable el reintegro que las partes habían acordado a través de su régimen convencional interno, por lo que, aun acertando en su entendimiento del artículo 53 de la Constitución Nacional, su conclusión hubiera sido la misma.

536 DE LAFONT DE LEÓN. Ob. Citada. Pág. 427.

El Tribunal no ignoró las disposiciones legales del CST y los artículos 19 de la ley 6ª de 1945 y 49 del decreto 2127 cuando sostuvo que la desaparición de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Neiva hacía imposible el reintegro y cuando sostuvo que debía examinar las circunstancias de aconsejabilidad del reintegro. Tampoco se rebeló contra esos mandatos. Nada muestra en la sentencia que el fallador hubiera desconocido que el régimen individual de los trabajadores oficiales corresponde al expedido con la ley 6ª de 1945 y con las disposiciones que la reglamentan, reforman y adicionan, y nada muestra en la sentencia que el Tribunal hubiera considerado que el régimen de los trabajadores particulares contenido en el CST deba ser aplicado a los servidores del Estado.

El Tribunal acierta cuando sostiene que el cierre total del lugar donde prestaban el servicio los demandantes hace imposible el reintegro, porque esa es una verdad axiomática. Más aún, para que una obligación exista es necesario que sea física y jurídicamente posible, de manera que una persona no puede obligarse por un acto o declaración de voluntad a cumplir lo imposible y, de la misma manera, el juez no puede gravar al demandado, con una decisión judicial suya, a que cumpla un hecho o un acto materialmente imposible. Cuando el hecho debido se torna imposible, la obligación original (de dar, hacer o no hacer) se resuelve en una de indemnizar perjuicios de modo que lo jurídicamente procedente es la demanda judicial de los perjuicios.

Por otra parte, cuando el Tribunal sostiene que el juez del trabajo debe analizar las circunstancias que aparezcan en el juicio para decidir entre el reintegro o el pago de la indemnización y encuentra que la desaparición de la empresa es una de esas circunstancias, aplica principios básicos del derecho común sobre la posibilidad del objeto de toda prestación, pues, como se dijo en el párrafo anterior, no es jurídicamente posible asumir una obligación que tenga por objeto el cumplimiento de un hecho o acto físicamente imposible, ni le está dado al juez hacer cumplir lo que se escapa de las leyes físicas.

De acuerdo con las apreciaciones anteriores, si el empleador, con desconocimiento de la ley, procede a efectuar un cierre parcial o total de la empresa y esta circunstancia da lugar a la terminación de contratos de trabajo, resulta jurídicamente inadmisibles pretender el reintegro, así él se encuentre consagrado en la ley, en pacto colectivo o en convención colectiva. El trabajador perjudicado solo tiene la opción indemnizatoria, que en el caso de los trabajadores oficiales puede ser plena, como lo señala el artículo 11 de la ley 6ª de 1945 y lo dice su decreto reglamentario 2127, pero no le está dado pretender un reintegro imposible, pues con ello

desnaturalizaría el objeto del proceso ejecutivo para el cumplimiento de la obligación de hacer, a sabiendas de su imposibilidad y con la pretensión de obtener ventaja con el juramento estimatorio de los perjuicios, o sea, para pasar por alto el objeto de la pretensión que efectivamente debió valer en el juicio ordinario, con el onus probandi de los perjuicios.

Debe reiterarse que el objeto de toda obligación debe ser físicamente posible para que pueda ser ordenada judicialmente si se llenan los requisitos legales. Por esto, a pesar de que la convención colectiva de trabajo que invoca el cargo efectivamente no dice que el juez daba examinar las circunstancias de aconsejabilidad del reintegro en los casos de despido sin justa causa, cuando el contrato termina por cierre de la empresa el problema está básicamente en la imposibilidad de hacer cumplir el reintegro.”

4.6. Suspensión de actividades por parte del empleador durante más 120 días.

Para que sea procedente esta causal de terminación del contrato, las causas deben ser totalmente ajenas a la voluntad del empleador; caso contrario, se estará frente a una terminación por causa del empleador y, por lo tanto, habría lugar a indemnización. Para que se dé aplicación a esta causal también es necesario el permiso del Ministerio de Protección Social.

4.7. Por sentencia ejecutoriada.

Esta causal se da como resultado de un litigio frente a una relación laboral, en el caso en que las partes entren en controversia y deba ser a la justicia ordinaria a quien le corresponda dirimir dicho conflicto; si la sentencia da por terminado el contrato, y una vez en firme, es decir cuando ya no procede más recursos, o no se interpusieron, si la sentencia es desfavorable al trabajador, por cuanto él incumplió el contrato de trabajo, no tiene derecho a indemnización.

4.8. Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.

La suspensión del contrato en modo alguno se puede entender como la terminación del mismo, lo que significa es que ocurre una interrupción en el tiempo de sus efectos, y esa interrupción debe ser por una causa expresamente establecida en la normatividad laboral, y

que una vez hayan desaparecido las causales de suspensión, como lo es en los casos relacionados con el caso fortuito o la fuerza mayor, la muerte o inhabilidad del empleador, la suspensión hasta por 120 días deben tenerse en cuenta los términos concedidos después del aviso; si no se cumple con la presentación dentro de los 3 días siguientes a la notificación o aviso, el trabajador se podrá enfrentar a una terminación del contrato.

Por ello, es necesario como prerrequisito, para que el derecho al debido proceso tenga cabida frente a una terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, que exista un procedimiento determinado en la convención o en los pactos colectivos, en el reglamento o en el contrato de trabajo. De lo contrario, si tal procedimiento no existe, lógicamente no puede hablarse de una vulneración del derecho al debido proceso.

Caso muy interesante que ameritaría consideraciones especiales hacia un futuro trabajo de esta naturaleza sin sujeción a límite de espacio, es el que se deduce de la negativa del trabajador de regresar a sus labores finalizada la huelga por la convocatoria del Tribunal de Arbitramento que autoriza al empleador por el despido con justa causa aún para trabajadores aforados.

4.9. Por decisión unilateral.

La terminación unilateral del contrato es una facultad que tienen tanto el empleador como el trabajador, derivada del principio *non adimpleti contractus*, y consiste en la posibilidad que tiene una parte de extinguir unilateralmente una convención pactada cuando la otra ha incumplido determinadas obligaciones.

Esta forma de terminación de contrato de trabajo puede darse por parte tanto del empleador como del trabajador; en caso de que sea decisión del trabajador no existe problema alguno, pero cuando la terminación del contrato en forma unilateral por parte del trabajador se da por causa imputable al empleador, se configura lo que la jurisprudencia ha denominado como “un despido indirecto”, el cual se da cuando “*el empleado renuncia como consecuencia de las actuaciones del empleador como por ejemplo el incumplimiento grave en el pago de los salarios y prestaciones sociales, en virtud del cual se tiene derecho a recibir una indemnización como si se hubiese producido un despido sin justa causa*”.⁵³⁷

537 Corte Constitucional. Sentencia T-424 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Este es un caso en el que el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización, pero no da lugar a reintegro, pues el trabajador, ante las circunstancias que motivaron su decisión, expresó su consentimiento, su voluntad de retiro, lo cual por sentido práctico debe hacer por escrito.

Otra forma de darse la terminación del contrato de manera unilateral es por parte del empleador con justa causa. El empleador no tendrá la obligación de pagar indemnización, deberá previamente respetar el derecho al debido proceso y a la defensa del trabajador, motivar la decisión por escrito para tener prueba de ello, por cuanto, como es sabido, el empleador demostrará las causas.

Según lo expresa la Dra. Carina Vanesa Suarez, el despido por justa causa es la facultad que tiene el empleador de disolver el contrato de trabajo cuando un hecho grave lo lleva a considerar que no es posible la continuación de la relación. En ese caso, no se debe ninguna clase de indemnización, ni por la falta, ni por antigüedad.⁵³⁸

Indica además que *“las faltas o hechos que pueden originar el despido se pueden entender como el incumplimiento de las obligaciones del trabajador (...) y las causales admitidas por la doctrina y la jurisprudencia conformando un plexo de causales enunciativas y no taxativas”*.

En cuanto a la forma como se debe llevar a cabo la terminación unilateral del contrato de trabajo, la Corte Constitucional⁵³⁹ ha indicado que:

“(...) el empleador tiene diversas obligaciones. La primera de tales obligaciones consiste en manifestarle al trabajador los hechos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior. Tal deber tiene, a su vez, dos propósitos fundamentales, por un lado, garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y, por otra, impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos.

La facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo está limitada a que se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo. Así, a pesar de que su tipificación admite cierta amplitud, los motivos del despido deben caracterizarse suficientemente en las causales legales o convencionales, sin que se permita su interpretación analógica o la posibilidad de alegar otras causales distintas. De tal modo entonces, se garantiza la legalidad

538 *El Despido. Análisis jurídico y consecuencias prácticas. Manual teórico- práctico de actuación profesional*. Ed. García Alonso. Buenos Aires, Argentina. 2013. Pág. 41.

539 Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

de la terminación unilateral del contrato por justa causa.”

De lo contrario, la terminación **unilateral del contrato de trabajo sin que se justifique la causa tendrá las siguientes consecuencias según el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 6° de la Ley 50 de 1990.**

Durante el periodo de prueba también se puede dar la terminación unilateral del contrato, término en el cual las partes tienen la oportunidad de verificar por parte del empleador si el trabajador reúne las condiciones para el puesto y de parte del trabajador la conveniencia del empleo. Por ello, se les permite extinguir el vínculo laboral sin la presión de la causa y sin que el empleador tenga derecho a indemnización con motivo de la extinción⁵⁴⁰.

Según lo manifiesta el tratadista Alfonso González González, el despido puede manifestarse no solo mediante una expresa decisión unilateral del empresario dando fin a la relación jurídica, sino también a través de una serie de hechos que, de modo inequívoco y concluyente, relevan la decidida voluntad empresarial de extinguir la misma.⁵⁴¹

También ha de tenerse en cuenta que en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa⁵⁴² causa comprobada por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

- En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato, o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.
- En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

540 PINOTTI, Mónica. *Abuso, Discriminación y otras cuestiones de género en el ámbito laboral*. Ed. Vera Arévalo. Argentina. 2014. Pág. 190.

541 El despido. Análisis práctico de los aspectos sustanciales y procesales. Ed. Thomson Reuters. 1° edición. España. 2012. Pág. 18.

542 GRISOLIA, JULIO A. PELIZA, ELEONORA G. *Derecho del trabajo individual del trabajo en América Latina*. Buenos Aires Argentina. 2015. Pág. 459.

- a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales,
1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año;
 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;
- b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales;
3. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

5. CONCLUSIONES

Del análisis de cada uno de los modos de terminación del contrato laboral, es preciso concluir que de ninguna manera se puede interpretar como despido la terminación del contrato de trabajo por causa legal, pues despido es la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador sin causa justificada; luego, previéndose la posibilidad de que el contrato de trabajo se dé por terminado sin justa causa por parte del patrono, la ley contempla las consecuencias patrimoniales de dicho evento, esto es, la indemnización de los perjuicios ocasionados a la otra parte contratante, en este caso, el trabajador, situación que de forma alguna comporta violación de los preceptos constitucionales, por el contrario, supone un desarrollo adecuado de los postulados del Estado Social de Derecho, en tanto que el legislador ha establecido en cabeza del patrono, hoy empleador, una responsabilidad pecuniaria, que debe ser acorde al perjuicio sufrido por el trabajador, cuando opta por terminar la relación contractual sin que medie justa causa.

Además, la legislación también distingue entre la terminación del contrato por causas legales, que son las establecidas en el artículo 61 modificado por el artículo 5 de la ley 50 de 1990, la terminación del trabajo por justas causas previstas en el artículo 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, y la terminación unilateral y sin justa causa, que es la que encaja en el despido como tal. La terminación del contrato con justa causa no es indemnizable, sí lo es el arbitrario por parte del empleador, bien de manera directa o mediante la configuración del despido indirecto, es decir, que el trabajador renuncie por hechos imputables al empleador.

Hemos considerado esta enunciación taxativa de nuestra legislación completamente anacrónica, hasta con utilización de términos de un español antiguo, y completamente alejado de la realidad de hoy después de 60 años de vigencia de nuestro Decreto legislativo 2351/65 RE.

Así entonces, la terminación del contrato de trabajo genera indemnización en los siguientes casos:

1. Cuando se presenta una justa causa por parte del trabajador, pero por un hecho imputable al empleador, situación que se denomina despido indirecto o presunción de despido por causas imputables al empleador;
2. Cuando ocurre de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador; y
3. Cuando ocurre de manera intempestiva y sin justa causa por parte del empleador.

En los demás casos, lo que se presenta es una terminación del contrato de trabajo por causa legal, que como ya se mencionó, no da lugar a sanción alguna en contra del empleador.

LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NECESIDADES DE LA EMPRESA Y EL DESPIDO COLECTIVO: ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEGISLACIÓN CHILENA Y ALEMANA

Sebastián Andrés Pizarro Contreras⁵⁴³

SUMARIO

1. Del término de contrato por necesidades de la empresa: consideraciones previas. 2. Legislación Laboral alemana y necesidades de la empresa: causalidad y justificación social. 3. Chile y el despido por necesidades de la empresa: coyuntura económica y libre despido. 4. Ideas finales: entre las lecciones comparadas, la noción de trabajo y la reconstrucción sistemática del despido en cuanto institución.

1. DEL TÉRMINO DE CONTRATO POR NECESIDADES DE LA EMPRESA: CONSIDERACIONES PREVIAS

Sabido es que uno de los principios informadores del Derecho del Trabajo es el de la continuidad o estabilidad en el empleo, el cual conlleva, ciertamente, consecuencias a nivel contractual en la extensión de su *iter*. En tal sentido, se ha señalado que el contrato de trabajo implicaría de una relación jurídica “indefinida, estable y de larga duración, de jornada completa, de forma tal que implique una carrera del trabajador dentro de la empresa, para lo cual se ha tutelado la continuidad de la relación laboral, protegiéndola de rupturas e interrupciones y limitando las

543 Abogado, Universidad Viña del Mar (2013), Programa de Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Chile (2016). Miembro de Colegio de Abogados de Chile A.G y Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo.

facultades del empleador de ponerle término”⁵⁴⁴. Es así, el relatado, un principio que tradicionalmente ha sido estatuido de forma clara en favor del trabajador, contraponiéndolo de forma exclusivamente antagónica al poder del empleador para dirigir autónomamente la empresa y de manera lo suficientemente flexible⁵⁴⁵. Estaríamos frente a un escenario estructuralmente polarizado, que trasunta entre la estabilidad y la flexibilidad, en cuanto ideas matrices.

Lo último expresado revela una tensión lo suficientemente grande como para poder escindir, analíticamente, las funciones de la rama jurídica laboral. En dicho sentido, “el Derecho del Trabajo ha cumplido una ambivalente función desde su creación: ha servido de soporte al modelo económico capitalista, mediante la regulación y pacificación del conflicto propio del reparto de la utilidad social agregada entre los titulares del capital y del trabajo y, al mismo tiempo, y de modo simultáneo, ha prestado importantes servicios al modelo político democrático, al aumentar de manera progresiva la participación y visibilidad política de sectores excluidos del proceso antes de su intervención normativa”⁵⁴⁶. El conflicto basal que decanta de lo expresado desata un trance de coherencia existencial del Derecho del Trabajo, de cuyas medidas en uno u otro polo de la coexistencia funcional determinarían su pertinencia o no a lo que esta rama ha prometido tutelar.

El principio de estabilidad laboral tendría en esta perspectiva una relevancia normativa que le vincularía con las fuentes formales del Derecho Laboral: la identidad de este Derecho, en cuanto sistema, sería un asunto de naturaleza estrictamente normativa al momento de su generación. Esta perspectiva supera con creces lo que tradicional y restrictivamente se ha expresado a propósito de la función de los principios en el marco de la estructura laboral. En los últimos años, un referente de la dogmática nacional expresó que “es indudable que los principios de Derecho Laboral deben orientar al juez respecto de la equidad destinada a llenar vacíos legales”⁵⁴⁷, situando con ello a los

544 GIUGNI, GINO (1989): “*Lavoro, leggi, contratti*”, Boloña: Ediciones Il Mulino, p. 307.

545 Esto, aun cuando autores que cimentaron la autonomía del Derecho Laboral sin desentenderlo del común como Barassi, expresan lo positivo que resulta para ambas partes contractual mantener el empleo. Así, señala que “todo lo que tienda a la conservación de la fuente de trabajo beneficia al trabajador, al darle seguridad, e implica también un beneficio para la empresa y la sociedad, al mejorar el rendimiento y el clima social de las relaciones laborales”, BARASSI, LUDOVICO (1953): “*Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo II*”, Buenos Aires: Editorial Alfa, p. 211.

546 UGARTE CATALDO, José Luis (2009): “*Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*”, Santiago: Legal Publishing, 2009, p. 1.

547 GAMONAL CONTRERAS, SERGIO (1998): “*Introducción al Derecho del*

principios fuera de la regulación positiva del Derecho del Trabajo, lo cual da potencial, y en ocasiones tangible sustento, para que se efectúen tanto interpretaciones como manifestaciones de creación legislativa ajenas a su propia identidad. Ejemplo de lo anterior sería la generalizada tendencia, revestida de gramática numérica y jurídica en ocasiones, de incentivar la flexibilización de sistemas de terminación rigidizados por los altos costos que suponen para las empresas el poder despedir, lo cual acarrearía, a su vez, dificultades a la hora de contratar nuevo personal⁵⁴⁸. En términos simples, se daría una relación estrecha y directa entre rigidez, garantías y efectividad de las políticas de empleo.

Efectuar un análisis como el anterior, es totalmente reduccionista y endeble, al obviar el complejo entramado, no solo basado en costes, que cimienta el sistema de relaciones laborales⁵⁴⁹. De seguir aquello, se estaría reduciendo la problemática del despido simplemente a la lógica plusvalística empresarial, descartando cuestiones que el propio Derecho erradamente da por analizadas y realizadas para efectos de aplicar sin

Trabajo”, Santiago: Editorial Conosur, p. 131. Con todo, el profesor Gamonal ha variado posteriormente su perspectiva, redirigiendo los principios hacia una función informadora del sistema Derecho del Trabajo mas no del legislador, pues este último podría llegar a modificar su orientación hacia un sistema diverso de protección. Me parece que parcelar las áreas de influencia de los principios, y paradigmáticamente el protector en sede laboral, resulta arbitrario y sobre todo, contradictorio con su talante multifactorial. La reseñada posición, en GAMONAL CONTRERAS, SERGIO (2008): “*Fundamentos de Derecho Laboral*”, Santiago: Editorial Legal Publishing, p. 108.

548 Si bien el principio protector es el que le da coherencia al Derecho del Trabajo, no es menor que tras éste se pretendan escudar políticas económicas neoliberales que bien poco tienen que ver con la tutela de los trabajadores. En esta dirección, existen teorías que plantean que el Derecho del Trabajo es el que fundaría el conflicto entre trabajadores ocupados y cesantes. Se indica que la lucha por mejores condiciones de trabajo traicionaría los requerimientos de los desocupados, por lo que la idea central implicaría reducir la legislación laboral para incrementar la competencia entre asalariados y cesantes. En tal sentido, LINDBECK, ASSAR Y SNOWER, DENNIS (2002): “The insider-outsider theory: a survey”, En: *IZA Discussion Paper*, N° 534, pp. 1-54.

549 Ejemplo paradigmático resulta ser España. A propósito del capítulo IV del Real Decreto Ley 3/2012, que reforma varios aspectos ligados al despido, el Gobierno de tal país intenta argüir la exacción de una serie de garantías de los trabajadores basándose en la prosecución de la reducción de los costes de la terminación de la relación laboral, acomodándose a un escenario más europeo. En verdad, “en una perspectiva de comparación jurídica, no se puede reducir una institución (...) a un mero aspecto cifrado. Lo que está haciendo el Gobierno es importar a nivel español un aspecto de una institución, sin tener en cuenta ningún elemento de contexto, tan relativo a la institución misma (protección contra el despido) como relativo al contexto en el cual se inscribe (protección contra el desempleo, flexibilidad interna, ...)”, DE LE COURT, Alexandre (2012): “La Reforma del despido (2012) y la “excusa europea”: un análisis comparado desde la perspectiva de la flexiguridad” [en línea; formato PDF], En: *Asociació Catalana de Iuslaboralistes*, p. 4, [Fecha de consulta: 25/10/14], Disponible en: <http://www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download.../download.php?id=90>.

más la maquinaria ligada al término contractual laboral, tales como “la especialización productiva de un país, el tamaño de las empresas, la articulación, potencia y cobertura de la negociación colectiva, la propia cultura empresarial en materia de derechos individuales y colectivos de los trabajadores y un largo etcétera”⁵⁵⁰. Esta posición se ha traducido metodológicamente en la concepción del Derecho del Empleo entendida como “una función que opera como política de promoción de la ocupación a través de técnicas legislativas que introducen incentivos corporativos para la contratación de trabajadores, en virtud del subterfugio de reducir costos asociados al trabajo, facilitar el despido o amplificar las facultades empresariales para perturbar las condiciones originales de la prestación de servicios laboralmente contratada”⁵⁵¹. En su núcleo, claramente se ensalza a la flexibilidad en beneficio neto de la parte más fuerte de la relación laboral, desconociendo que los orígenes mismos de tal noción, en sede laboral, radican en la deficiente adaptabilidad de las empresas a los requerimientos del medio. Se excluye que el despido dista de ser una circunstancia meramente calificable como económica, carente de circunstancias sociales. Es, sin lugar a dudas y “en muchos casos, una catástrofe en la biografía de cualquier persona”⁵⁵², enalteciendo al ya mencionado principio de la estabilidad en el trabajo.⁵⁵³

En este contexto, se plantea como causal de terminación las necesidades de la empresa, reflejo incontestable de la orientación normativa flexibilizadora en beneficio de los intereses corporativos⁵⁵⁴. Empero, aquella característica de esta causal no debe movernos a equívocos prejuiciosos en torno a una contradicción lógica de esta causa ante el principio protector que el ordenamiento jurídico haya descuidadamente permitido, pues es la misma estructura del Derecho del Trabajo la que ha asumido su instrumentalidad, como bien ya se señalaba,

550 FUNDACIÓN 1º DE MAYO (2012): “El modelo de despido en la Unión Europea. Elementos clave para la comparación de los distintos modos de despido de la Unión Europea” [en línea; formato PDF], En: *Fundación 1º de Mayo*, p. 4, [Fecha de consulta: 25/10/14], Disponible en: <http://www.ccoo-upm.com/sites/default/files/u10/cosas/InformeDespido.pdf>.

551 LÓPEZ FERNÁNDEZ, DIEGO (2004): “*Derechos, trabajo y empleo*”, Santiago: Ediciones LOM, p. 78.

552 PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO (2012): “La fatal ignorancia o del Derecho del Trabajo visceral”, En: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 3, N° 5, p. 116.

553 El estudio del despido no es posible disociarlo de las consecuencias sociales que tal institución acarrea. Revisese MONTOYA MELGAR, ALFREDO (2008): “*Derecho del trabajo*”, Madrid: Editorial Tecnos. 2008, pp. 451-452.

554 Con la misma opinión, VARAS CASTILLO, MARIO (2011): “Pérdida de eficacia de la causal de necesidades de la empresa en el sistema de terminación del contrato de trabajo”, En: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2, N° 3, p. 116.

para efectos de sustentar el modelo capitalista⁵⁵⁵. Tal naturalizado talante es muestra prístina de la complejidad analítica del Derecho Laboral, el que transita entre el proteccionismo primigenio y la necesaria autonomía que debe tener la gestión empresarial en tiempos en que el discurso de la globalización apela hacia mayores dosis de tal facultad. En dicha dirección, debe recogerse ciertamente aquel reclamo de “mecanismos de armonización entre las garantías protectoras (...) y los mayores espacios de libertad que reclama la actual relación que se da en el mundo de la empresa”.⁵⁵⁶

Con todo, los reclamos por mayores dosis de flexibilidad en vistas a la avenencia de los polos aludidos en el ordenamiento jurídico del trabajo, no deben desestimar en sus propuestas la sujeción de tal normativa a los principios que informan y brindan identidad a tal rama del Derecho. En la flexibilización de la estructura, acarreado consecuenciales cambios ante los vericuetos del mercado, no deben tenerse como irrelevantes los cotos identitarios del sistema, pues son estos límites aquellos que fijan la magnitud de los cambios permitidos⁵⁵⁷ sin que el sistema jurídico laboral disipe su identidad de clase y culmine transformándose en mero Derecho Común⁵⁵⁸, remercantilizando al trabajador y su labor. En un tópico especialmente sensible en su flexibilización, como es el del despido, al poner en juego la fuente del empleo, tales consideraciones han de ser evidentemente tenidas en cuenta, sobre todo atendida la causal que de manera comparada se tratará en las líneas siguientes, cual es la de necesidades de la empresa a propósito de los despidos colectivos al alterar el esquema propio de la estabilidad, respecto de Chile y de Alemania.

555 Desde una perspectiva crítica, el estudio de las funciones del Derecho intenta desentrañar los resultados sociales efectivamente obtenidos por las normas jurídicas, la realidad social existente detrás del Derecho, LÓPEZ FERNÁNDEZ (2004), p. 104.

556 HUMERES NOGUER, HÉCTOR (1998): “Reflexiones en relación a algunos aspectos del Derecho Laboral vinculados al desarrollo futuro de la empresa”, *en: Estudios en Homenaje al profesor William Thayer*. Santiago, Chile: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo, p. 115.

557 Cambios que no solamente incluyen reformas legales en tanto producción jurídica, sino que, además, incluiría la interpretación de los agentes, incluso más allá de un escenario judicializado.

558 En profundidad, a propósito del Derecho del Trabajo en cuanto sistema analizado desde la óptica de la teoría luhmanniana de sistemas, LÓPEZ ONETO, MARCOS (1999): “Flexibilidad laboral chilena y principio de protección de la fuente del empleo. Algunas hipótesis”, [en línea; formato PDF], En: *Dirección del Trabajo*, [Fecha de consulta: 25/10/14] Disponible en: http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-59903_recurso_8_aporte_al_debate_8.pdf>.

2. LEGISLACIÓN LABORAL ALEMANA Y NECESIDADES DE LA EMPRESA: CAUSALIDAD Y JUSTIFICACIÓN SOCIAL

Alemania es el principal motor económico de la Unión Europea, y uno de los países más competitivos del mundo⁵⁵⁹. Desde una cultura jurídica laboral profundamente imbuida por la gramática liberal, como la nuestra, los antecedentes expuestos bien podrían verse, tal vez y de manera prejuzgada, como el natural resultado de una concepción laboralista unilateral proclive al empleador y su gramática, en la que la complejidad de las relaciones laborales se reduce a un mero coste, cuyos guarismos serán positivos o negativos según su aporte hacia la eficiencia corporativa; o bien, reflejo de un mercado laboral que no opuso resistencia alguna ante las más o menos coyunturales crisis económicas globales; y por qué no, uno en que el despido es libre, sin requerir mayores argumentaciones, giros retóricos o consideraciones sociales por parte del empleador.

No es siquiera necesario un análisis superficial para tomar conocimiento que en el país traído a colación el paisaje jurídico del trabajo dista de ser como el descrito en el párrafo anterior. Aun cuando Alemania carece de una codificación de normas laborales⁵⁶⁰, sí es posible encontrar un gran número de normas protectoras de los trabajadores en múltiples áreas⁵⁶¹, las que van entrando en vigor en diversos años. Tales, “van desde una Ley del Tiempo de Trabajo, pasando por varias leyes que se refieren a la protección de grupos singulares de trabajadores (como las mujeres y los jóvenes, o incluso los discapacitados), así como la Ley del Trabajo a Domicilio, hasta la ley quizás más importante, a saber, la Ley de la Protección contra el Despido”⁵⁶², o *Kündigungsschutzgesetz*

559 Revítese WORLD ECONOMIC FORUM (2013): “The Global Competitiveness Report 2012–2013”, [en línea; formato PDF], En: *World Economic Forum*, [Fecha de consulta: 25/10/2014], Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf.

560 Algo que en todo caso debiera hacer reflexionar, si se toma en parangón la situación de Alemania con la del derecho netamente occidental, en el que “lo escrito representa la autonomía del derecho, el cual puede ser comentado pero representa, al mismo tiempo, toda la estabilidad y posibilidad de desarrollo científico de este conocimiento sabio. Lo escrito es una condición del derecho que le permite ser predecible o calculable, en términos weberianos”, GÓMEZ SANTAMARÍA, Sandra (2009): “El derecho cómo creencia e imaginación: un acercamiento a los estudios culturales”, En: *Revista Estudios de Derecho*, N° 147, p. 109

561 Con todo, los funcionarios públicos y los miembros de la FFAA están dotados de un estatuto particular en relación al despido.

562 ZACHERT, ULRICH (2007): “La estructura de las relaciones laborales en Alemania”, En: *AFDUDC*, N° 11, p. 1032.

(ahora en más, KSchG) del 13 de agosto de 1951, sufriendo luego varias modificaciones.⁵⁶³

Ingresando derechamente a la temática del despido y sus motivaciones en clave legal, cabe expresar que la KSchG, en su artículo 1.1, distingue entre tres grupos de causas: las inherentes a la persona del trabajador (v.gr., enfermedad), las basadas en el comportamiento del trabajador (téngase en consideración lo relativo al despido por razones disciplinarias) y la fundada en necesidades urgentes de la empresa (*Betriebsbedingte Kündigung*)⁵⁶⁴. Lo que baña comúnmente a las tres causas son cuatro cuestiones. La primera de aquéllas radica en que el despido debe estar socialmente justificado de acuerdo al artículo 11 KSchG, lo cual implica, de modo general, una correcta selección social fruto de un proceso llevado a cabo por el empleador. Tal proceso se traduce en la identificación por parte del empleador de la “sección o secciones en las que se encuentran las necesidades de reestructuración”⁵⁶⁵.

En segundo término, que en todos los motivos “se controla la proporcionalidad de la medida extintiva haciendo una ponderación de los intereses de ambas partes; no existen reglas fijas para efectuar esta ponderación (...). En cualquier caso, se entiende que el principio de proporcionalidad implica que el despido solo puede operar en defecto de una solución menos lesiva para los intereses del trabajador (como la modificación de las condiciones de trabajo)”⁵⁶⁶. Dicho de otro modo, en este proceso se revela una conciliación entre la estabilidad en el empleo y la deseada flexibilidad del empleador en vistas a colocar a sus trabajadores.

En tercer lugar, para todos los motivos, es la jurisprudencia la que ha ido desarrollando criterios, puesto que la KSchG simplemente expone de manera general estas causas; algo que no debe extrañar, considerando la tradición de la labor jurisprudencial en esa dirección, frente a la mera

563 Destacan las introducidas por la Ley de Fomento del Empleo de 1997, y la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo de 2004.

564 La misma normativa expresa que no quedan considerados dentro de la limitación de causa, trabajadores que tengan menos de 6 meses de antigüedad, y aquellos que trabajen en empresas cuyos empleados no superen los 10. La aplicabilidad del Derecho Común en los mencionados casos sería factible en caso que el despido fuere contrario a las buenas costumbres, discriminatorio o arbitrario, por ejemplo. Con la misma opinión, DÄUBLER, WOLFGANG (1994): *Derecho del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales, p. 674.

565 MARTÍN RIVERA, LUCÍA (2008): “*El despido objetivo por necesidades de la empresa*”, Madrid: Editorial Reus, 2008, pp. 102-103.

566 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ANTONIO (2009): “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, En: *Temas Laborales*, N° 99, p. 278.

aplicación de ley en cuanto mecanismo evolutivo del Derecho.⁵⁶⁷

Finalmente en cuarto lugar, y ameritando una observación un tanto más detallada respecto de los otros aspectos comunes, cabe realzar el rol que juegan los Comités de Empresa en el contexto del despido, los cuales deben ser informados previo a tal ocurrencia en aquellas empresas en las cuales éstos existan. Entra a regular este respecto la Ley de Organización de la Empresa (*Betriebsverfassungsgesetz*, o BetrVG), la que a propósito de la terminación contractual, en su artículo 102, prevé una cogestión basada en un procedimiento de consulta y de información, pudiendo a través de tal oponerse el Comité al despido basándose en puntuales razones. Si el empleador omite esta cogestión, significa ello la nulidad del despido decretado. Complementando la citada normativa, el artículo 1.2 de la KSchG indica que el trabajador puede solicitar la readmisión provisional ante el juez, previo a una sentencia definitiva ante una oposición no manifiestamente infundada por parte del Comité. Así también, el mismo artículo revela la necesidad de la intervención del mencionado Comité ante la posibilidad de recolocar en la misma empresa al trabajador despedido.

La normativa alemana, siguiendo las Directrices Europeas sobre la materia (puntualmente la Directiva Comunitaria 92/56), conceptúa los despidos colectivos como aquellos que tienen como causa justificativa todo hecho o circunstancia en la medida que no sea inherente a la persona del trabajador⁵⁶⁸. Empero, como bien lo indica la generalidad de la doctrina alemana, lo central de las necesidades de la empresa en cuanto causal de terminación de la relación laboral se encuentra en la decisión empresarial basada en razones de talante económico, organizativo o técnico⁵⁶⁹. Alemania contiene la normativa sobre la temática en la KSchG

567 En Alemania, con todo, hay sectores que consideran que la jurisprudencia no es una fuente del Derecho. En dicho sentido, LARENZ, KARL y WOLF, MANFRED (1997): *“Allgemeiner teil der Bürgerlichen Rechts”*, München: Verlag C.H.Beck. En dirección contraria, ESSER, JOSEF (1956): *“Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts”*, Tübingen: Mohr.

568 Al respecto GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA (1993): “Informe técnico jurídico sobre el despido colectivo en la Europa comunitaria”, En: *La Reforma del Mercado de Trabajo*, BORRAJO DACRUZ, EFRÉN, Madrid: Editorial Actualidad, p. 844.

569 A modo ejemplar, y por todos, HALBACH, GÜNTER, PALAND, NORBERT, SCHWEDES, OTFRIED, y WLOTZKE, ROLF (1992): *“Labour law in Germany”*, Bonn: Bundes Minister für arbeits und Sozialordnung, p. 169 y ss. La jurisprudencia comunitaria europea ha señalado que la definición expresada obedece a una concepción negativa de esta modalidad de despido. Por ende, se incluirían dentro de la noción de despido colectivo no tan solo los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de organización, agregándose como supuestos la fuerza mayor, jubilación o incapacidad del empresario, o la extinción de la persona jurídica contratante. Véase la sentencia del Alto Tribunal de la Comunidad Europea TJCE 215/83, Comisión contra Bélgica.

(artículo 17 y siguientes) y la BetrVG (artículo 111 y subsecuentes).

Dos nociones centrales es posible expresar a propósito de las necesidades de la empresa y el despido colectivo. La primera, es que el carácter tutelar de la legislación a la fuente de empleo alemana se concretiza con ahínco en esta causa, la cual la aleja de ser una cuestión vinculable a una libre decisión empresarial, debiendo igualmente ser socialmente justificable, además de colegible de una “relación de causalidad que justifique la reducción del volumen de ocupación de la empresa”⁵⁷⁰. Y la segunda, que precipita de la primera, radica en la conciliación de intereses de la empresa y de los trabajadores afectados a la hora de concretar la causal en comento, traducida en la cogestión de los actores.

En cuanto a la fortalecida vigencia de lo tutelar positivo respecto de esta causal en el despido colectivo, ingresan a su derrotero tanto el Estado como los propios representantes de los trabajadores, traducidos por la labor de la Agencia Federal de Empleo y el Comité de Empresa, respectivamente. El expuesto talante cogestionador se ve materializado a la largo del procedimiento de despidos colectivos.

La aplicabilidad del procedimiento de despidos colectivos respecto del individual pende de la superación de márgenes numéricos de acuerdo al tamaño de la empresa⁵⁷¹. Algo consecuente con el concepto legal de reestructuración de empresas, en el que se emplaza el despido colectivo, que expresa que son “modificaciones del centro de trabajo que puedan tener como consecuencias perjuicios esenciales para la plantilla o partes relevantes de la plantilla”⁵⁷². Así, el proceso colectivo “se aplica cuando el empresario pretende despedir, en un periodo de 30 días a un número determinado de trabajadores en función de la dimensión de la empresa: más de 5 extinciones en empresas de 20-60 empleados, 25 extinciones o el 10% de la plantilla en empresas de hasta 500 trabajadores y 30 extinciones o el 10% de la plantilla en empresas de hasta 500 trabajadores y 30 extinciones en todo caso”⁵⁷³. Existen 2 supuestos puntuales que ameritan precisión. El primero, referido al despido concerniente a 25 o menos trabajadores o a un porcentaje inferior al 10% de la plantilla en

Doctrinalmente, tal idea se ha desarrollado en MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (1994): “*Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*”, Madrid: Editorial Civitas, 1994, p. 41.

570 FUNDACIÓN 1º DE MAYO (2012), p. 10.

571 Alemania sigue entonces el criterio expresado por la Directiva Comunitaria sobre despidos colectivos de 1975, N° 98/92.

572 DE LE COURT (2012), p. 6.

573 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio (2009): “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, En: *Temas Laborales*, N° 99, p. 279.

empresas de 60 a 500 trabajadores, el que no es considerado como uno colectivo, sino que individual. Y el segundo, “si el número de trabajadores afectados es menor a 30, en empresas de 500 o más trabajadores; por encima de este umbral, las extinciones decididas por el empresario pasan, por tanto, a ser consideradas como colectivas”.⁵⁷⁴

El que los despidos colectivos sean finalmente eficaces dependerá de un procedimiento que el empresario debe seguir. A este respecto, el Comité de Empresa debe efectuar un informe, el que emitido, debe ser adjuntado a la decisión empresarial que se comunica a la Agencia Federal de Empleo. Recepcionada la mencionada notificación con al menos 30 días de antelación, el despido adquirirá recién eficacia jurídica; empero, nada quita que la Administración pueda “alargar ese periodo de tiempo durante un mes más, y durante esos dos meses, puede ordenar que se instaure la jornada reducida”⁵⁷⁵, tiempo en el cual no se podrán llevar a cabo estos despidos. Considérese, además, que el aviso de la empresa debe incluir, si es que acaso se encuentran planificadas para los próximos 12 meses, otras terminaciones contractuales (algo así como un pronóstico evolutivo de la empresa en materia laboral), y de considerarse necesario, al amparo de lo anterior, este ente público podrá suspender los despidos de naturaleza colectiva por un mes más.

Los trabajadores despedidos colectivamente se encontrarán derechamente en esa calidad en la medida que exista una adecuada selección social de los mismos. La elección del empleador entre uno y otro trabajador que resultará excluido del despido colectivo, siguiendo al artículo 13 KSchG, se basará en criterios como la capacidad, el conocimiento o el rendimiento del trabajador, que justifican que su contrato no culmine por su utilidad para la productividad corporativa. Posteriormente, y siguiéndose el artículo 10 de la misma ley, efectuada la selección de quienes pueden verse expuestos al despido, el empleador deberá realizar una elección final basada en criterios de género social, en otras palabras, una selección social centrada en, por ejemplo, la minusvalía, la antigüedad en la empresa o las cargas familiares.⁵⁷⁶

574 ÁLVAREZ DEL CUVILLO (2009), p. 279.

575 MARTÍN RIVERA (2008), p. 102.

576 Reforzando lo dicho anteriormente, a propósito del rol jurisprudencial en el desarrollo de los criterios expuesto de manera general en la norma positiva, factores que tampoco pueden ser modificados a través de convenios colectivos. En este sentido, MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA (2005): “La reforma del despido de trabajo en Alemania: una nueva incursión flexibilizadora sobre los mecanismos de salida del mercado de trabajo”, En: *Temas Laborales*, N° 78, pp. 85-87.

En lo que respecta al preaviso que debe efectuarse a los trabajadores a quienes se pretende despedir colectivamente, también se les aplica el común de 4 semanas, el que de acuerdo a la antigüedad en la empresa va progresivamente aumentando. Así, se observa que el tope para efectos de preaviso es de 7 meses, en caso que la antigüedad laboral del trabajador llegue a más de 20 años con la misma empresa.⁵⁷⁷

En relación a los agentes participantes en este proceso, bien podría llegar a considerarse, de buenas a primeras, algo timorata la intervención del órgano público en este escenario, pues intuitivamente nuestra concepción sobre la intrusión estatal en los mares de las relaciones *inter-privatos* es, esencialmente, más supresora de la voluntad de alguna de las partes. En el caso alemán, aun cuando la Agencia no puede impedir que el empresario concretice finalmente su intención de despedir colectivamente, igualmente puede dirigir el procedimiento “hacia medidas de suspensión de los contratos de trabajo que sustituyan provisionalmente a los despidos previendo el cambio de las condiciones desfavorables que aconsejaban la rescisión colectiva de contratos”⁵⁷⁸. De esta manera, el rol del Estado deviene de irrelevante a ser intenso en la dirección del procedimiento, codirigiéndolo en rigor, concretándose lo que ya se señaló en vistas a conceptuar al despido como la última *ratio* dentro de la batería de opciones corporativas ante situaciones de crisis y/o de reorganización.

El papel que juega, por otra parte, el Comité de Empresa, es en gran medida dinámico y cogestionador. Se regula un periodo de información y consulta entre este Comité y el empresario, que encierra un arreglo económico, compensación de intereses (*interessenausgleich*) o negociación de buena fe relativa al número de despidos y la oportunidad en la que éstos se dan, los criterios de selección de los empleados factibles de exclusión, e incluso, la creación de una empresa de recolocación de tales trabajadores. En caso que este arreglo económico no se concrete, se instaura un procedimiento conciliatorio en que la empresa está obligada a tratar de acuerdo a la regulación aplicable, pudiendo apartarse de la misma solo si arguye de manera suficiente su proceder. Por ello, es viable señalar que es el empresario el que últimamente puede imponer las reglas de juego, no observando al menos este punto, señales más intensas de codeterminación.⁵⁷⁹

577 Al respecto ZACHERT, ULRICH (1998): “*Lecciones de Derecho del Trabajo Alemán*”, Madrid: MTAS, p. 134.

578 FUNDACIÓN 1º DE MAYO (2012), p. 11.

579 Podría decirse que igualmente el derecho de codeterminación está presente en esta coyuntura conciliatoria que se da en empresas de más de 500 trabajadores, en las que el acuerdo mencionado se precisa para la efectividad de los acuerdos colectivos.

De manera paralela al periodo de información y consulta, entre el Comité y el empresario debe regularse un Plan Social, de acuerdo al artículo 112 BetrVG, pretendiendo aminorar las secuelas de la reestructuración empresarial. Esto, en las empresas de más de 20 trabajadores. La labor del Plan se canaliza hacia el establecimiento en favor de estos trabajadores de indemnizaciones por la pérdida de la fuente de trabajo, aunque, “desde hace algunos años cada vez con más frecuencia, determina que los trabajadores afectados sigan empleados en específicas sociedades (“sociedades laborales”) y se les continúe capacitando por un cierto tiempo, por lo general alrededor de un año o poco más. De esta manera, se ven mejoradas sus posibilidades de reintegración al mercado laboral”⁵⁸⁰. En caso que las partes no lleguen a acuerdo, a diferencia de lo que sucede en la conciliación fruto de la frustración de la etapa de consulta e información, se considera un arbitraje obligatorio dirigido por el consejo de administración de la Agencia Federal de Empleo, la que a su vez delega sus funciones en otros funcionarios del ente estatal. Este arbitraje, por su composición⁵⁸¹, revela una marcada cogestión en la que la intervención estatal se impone incluso a la autonomía de las partes tras su fracaso: en caso que no se dé definitivamente acuerdo entre la empresa y su Comité, la decisión del órgano de arbitraje vendrá a reemplazar dicho arreglo.

En definitiva, la regulación cogestionadora alemana demuestra que la generalización de la idea de que el despido es una institución de naturaleza económica sin matices sociales, a la que el Derecho del Trabajo instrumentalmente debe servir descartando las garantías que le brindan coherencia epistémica sin intervención del Estado, es una absolutamente inconsistente e incompleta⁵⁸². La prosecución por la estabilidad y por la constitución de un delicado equilibrio con los intereses corporativos, materializado en su entramado positivo, es respuesta incontestable de que todos los actores de lo laboral se organizan tanto normativa como

580 ZACHERT (2007), p. 1033.

581 “A instancia del presidente del órgano de arbitraje, participa en la negociación un miembro del consejo de administración de la Agencia Federal de Empleo o un funcionario de la Agencia Federal de Empleo nombrado por el consejo de administración de la Agencia Federal de Empleo”, MARTÍNEZ GIRÓN, JESÚS y ARUFE VARELA, ALBERTO (2007): *Leyes laborales alemanas*, La Coruña: Netbiblo, p. 221.

582 En un sentido ciertamente contrario, se ha dicho por parte de la más tradicional doctrina laboral chilena que el carácter tuitivo del Derecho Laboral no significa necesariamente que la totalidad de su estructura se vea imbuida por tal característica. Véase THAYER ARTEAGA, WILLIAM y NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO (2002): *Manual de derecho del Trabajo Tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 33-34.

descriptivamente en torno al valor “trabajo”⁵⁸³, sin someter su regulación a la gramática cifrada de lo meramente macroeconómico, simplificadora de sus instituciones.

3. CHILE Y EL DESPIDO POR NECESIDADES DE LA EMPRESA: COYUNTURA ECONÓMICA Y LIBRE DESPIDO

Permeable a los requerimientos flexibles en materia de terminación, y luego de un devenir que ha transitado entre mayores y menores grados de permisibilidad, el legislador laboral chileno ha contemplado a través de la ley 19.010 del año 1990 la causal de necesidades de la empresa, reflejando, como bien se observa en su texto particular y derivada procedimentalización, una clara preeminencia de los intereses patronales por sobre la estabilidad, entendida al menos como principio orientador y rector en esta sede⁵⁸⁴. Consagrada en el artículo 161 inciso 1 del Código del Trabajo, las necesidades de la empresa, en cuanto causal, expresa que “sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causa las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones de mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores”.

Ante la inexistencia de una definición de necesidades de la empresa, es la propia jurisprudencia la que ha venido a colmar tal vacío, señalando

583 “Desde esta óptica, es posible distinguir entre una centralidad descriptiva y una normativa. La descriptiva trata de la constatación fáctica de la centralidad del trabajo en la sociedad. Por otra parte, la normativa examina ética y políticamente en primer lugar si es que si el bienestar, los derechos de ciudadanía, la posición social y el trabajo deben estar ligados entre sí. Según cual sea la respuesta a las disyuntivas propias de la centralidad, se estará planteando una determinada forma de comprensión y organización de la sociedad”, PIZARRO CONTRERAS, Sebastián (2012): “Ciudadanía crítica, concepto de trabajo y Estado: una aproximación desde Karl Marx y Jürgen Habermas”, En: *Derecho y Humanidades*, N° 20, p. 261.

584 Desde un punto de vista histórico respecto a la positivización de la causal en comento, se ha señalado que “en efecto, si por largo tiempo materializó una suerte de flexibilización de facto al devenir, por la falta de control jurisdiccional, en un verdadero libre despido con derecho a indemnización; hoy por hoy, frente a su cada vez más frecuente judicialización –como consecuencia de la nueva judicatura laboral–, ha evidenciado una progresiva pérdida de eficacia jurídica al consolidarse aquellos criterios jurisprudenciales que por años le han privado de ocupar el rol que el sistema jurídico le ha asignado”, VARAS CASTILLO (2011), p. 79.

que por tales ha de comprenderse la “conurrencia de una situación objetiva de carácter técnico económico que hiciera menester la separación un trabajador de su empleo”.⁵⁸⁵

Como puede bien notarse, se desprende que la causal no precisa que las eventualidades referidas no requieren que se afectada la empresa en su conjunto, al aludirse expresamente a unidades menores del entramado corporativo: al establecimiento y al servicio. Su mención se suma a otras disposiciones en sede laboral en las que tales parcialidades tienen relevancia, como es el artículo 227 inciso 4 (en relación a la constitución de organizaciones sindicales) y el 315 inciso 3 (sobre negociación colectiva y la presentación del proyecto de contrato colectivo), ambos del Código del Trabajo a propósito del establecimiento. Y respecto de la voz servicio, el Código de la rama en el artículo 38 número 2 (respecto a las actividades exceptuadas de la aplicación del descanso en días festivos y domingo), o el 159 número 5 (sobre la terminación contractual por obra o faena).

Por otra parte, en Chile no se observa señal de tripartismo o cogestión ante despidos denominables como colectivos, los que, ciertamente, adolecen de conceptualización positiva, ni distinción respecto de un despido individual⁵⁸⁶. No se requiere ni consulta previa, ni notificación, ni acuerdo con los representantes de los trabajadores. Además, no se precisa autorización previa por parte de los Tribunales de Justicia; empero, se requiere notificar previamente a la Inspección del Trabajo del despido colectivo efectuado, de acuerdo al artículo 162 del Código del Trabajo. Tal artículo señala que “el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando

585 NADAL SERRI, DANIEL (2003): *El despido en el Código del Trabajo*. Santiago: Editorial Lexis Nexis, p. 291.

586 Para observar de manera panóptica el escenario en Latinoamérica sobre el despido colectivo, MURGAS TORRAZZA, Rolando (1997): “Los despidos colectivos por fuerza mayor o por dificultades económicas o tecnológicas” [en línea; formato PDF], En: *Biblioteca Virtual de la Universidad Autónoma de México*, [Fecha de consulta: 25/10/14], Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/139/35.pdf>. De manera sucinta, “las reformas laborales en América Latina han facilitado ampliamente la libertad de despido sin invocación de causa. La técnica legislativa observada es mantener, incrementar o precisar la lista de causa legales de caducidad o despido justificado –que permiten a la empresa separar a un trabajador sin pago de indemnización alguna, a menos que el afectado logre posteriormente una sentencia judicial que obligue a la empresa a indemnizar–, incorporando además la posibilidad de desahucio con aviso previo o de despido por causas económicas u objetivas a cambio del pago de una indemnización de despido por los años de servicio y de una compensación adicional, si no se respeta el plazo de aviso previo para que opere el despido”, LÓPEZ FERNÁNDEZ (2004), p. 129.

el empleador pagare al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada”. La indicada comunicación al trabajador, de acuerdo a los incisos 3 y 4 del mencionado artículo, deberá indicar “por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro pago de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo. Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador, lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago”. El Estado chileno, al amparo de una participación timorata por parte de sus entes, en verdad entregaría el control de legalidad del procedimiento de despido en sede colectiva por necesidades de la empresa a las propias partes, y con especial hincapié, a la labor que el trabajador despedido, en primer lugar, pueda efectuar judicial o administrativamente.

Pero además, y en segundo lugar, el despido podrá hacerse igualmente efectivo mediante el pago de la indemnización por parte del empleador, por lo que la facticidad o concreción del despido por esta causal vendrá dada por su mayor o menor capacidad económica. Es por ello que, siguiendo ahora al artículo 169 del mismo cuerpo, el antedicho aviso al trabajador supone una oferta irrevocable de pago de la indemnización por años de servicios, *ergo*, no pudiendo ser dejada sin efecto, la que deberá ser pagada en un solo acto al extenderse el finiquito, salvo pacto en contrario⁵⁸⁷. Si el empleador no paga, el trabajador puede recurrir a la jurisdicción laboral, pudiendo incrementarse el monto hasta en un 150%⁵⁸⁸. Por cierto, como bien se anticipó, nada quita que si el trabajador,

587 La irrevocabilidad no significa en lo absoluto una oferta que no precise del consentimiento del trabajador, ya que al amparo de lo prescrito por el artículo 1437 del Código Civil, solo el concurso de voluntades constituye fuente de obligaciones. En tal sentido se manifiesta la Corte Suprema de Chile, en su Rol 4522-2010, “Molina con BBVA”. En lo tocante a la integridad del pago, de acuerdo al artículo 169 inciso 4 del Código del Trabajo, “las partes podrán acordar el fraccionamiento del pago de las indemnizaciones; en este caso, las cuotas deberán consignar los intereses y reajustes del período. Dicho pacto deberá ser ratificado ante la Inspección del Trabajo. El simple incumplimiento del pacto hará inmediatamente exigible el total de la deuda y será sancionado con multa administrativa”.

588 Esto, en el contexto de un procedimiento ejecutivo cuyo título es precisamente la carta aviso enviada al trabajador. Ha de recordarse que el tema indemnizatorio ha sido siempre de discusión en esta causal de despido. Piénsese que entre 1981 y 1984 existía

de acuerdo al artículo 168, considera que la aplicación de la causal es indebida, injustificada o improcedente, o bien derechamente no se invocó causal alguna, pueda “recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. En este caso, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, aumentada esta última de acuerdo” a las reglas señaladas en el ya precisado artículo 168⁵⁸⁹. Lo relevante, al final del día, es que el despido por necesidades de la empresa depende del empleador, bien de su capacidad económica y en rigor, de su libre albedrío.

En lo relativo a la existencia de alguna planificación social, dentro de la legislación laboral chilena tampoco se detalla obligación alguna por parte del empleador en orden a obedecer algún canon que refleje una cierta prioridad para los despidos colectivos en virtud de criterios de talante social (edad, años de servicios, por ejemplo), no habiendo además deber alguno de considerar soluciones alternativas al despido, tales como el establecimiento de medidas de formación, transferencia a otras entidades pertenecientes al grupo de empresas (en caso de estar ante uno), etc.

Otro tanto puede decirse de la terminología empleada en el articulado del 161 inciso 1 del Código, la cual es muestra prístina de la naturaleza y orientación económica de la causal, instrumental a los intereses del empleador en dirección a permitirle adaptar la organización de la empresa, reestructurándola de acuerdo a los requerimientos de un entorno competitivo que precisaría de flexibilidad en la gestión, conteniéndose en su razón la factibilidad de los despidos colectivos. Por lo mismo, no debiera extrañar la no restricción de la norma en relación a las circunstancias constitutivas de necesidades de la empresa, siendo las mencionadas en la recién transcrita norma únicamente a modo ejemplar, sin mayores atisbos de precisión en su economicista terminología. Se ha argumentado tal carácter ante lo anterior, notando que el legislador subsana aquella “imprecisión jurídica al no otorgarle mayor importancia a los motivos de la causal, y así el artículo 169 más adelante establece que la comunicación del término de los servicios contiene una oferta irrevocable de pago de las indemnizaciones por años de servicio, como la

la posibilidad de libre despido, siendo posible el pacto de una indemnización inferior a la legal.

589 Ha de recordarse que el plazo de 60 días se suspende desde el momento que el trabajador inicia la fase administrativa del reclamo ante la Inspección del Trabajo, no pudiendo ciertamente recurrirse ante los Tribunales de Justicia habiendo transcurrido 90 días desde la separación de funciones.

sustitutiva de preaviso, si éste no se ha dado”⁵⁹⁰. Dicho en otros términos, más allá de la significancia económica instrumental con la que se construyó la presente causal, y que la enumeración fáctica de las circunstancias constitutivas de la misma no sea taxativa, goza de preeminencia en la judicialización del despido, el pago de indemnizaciones y su lógica de costos.

Empero, aun cuando la enumeración de circunstancias sea meramente enunciativa, no debe descartarse la incardinación de ciertos procesos de reestructuración en la lógica de la causal, que potencialmente en un raciocinio patológico o incluso fisiológico⁵⁹¹ puedan acarrear detrimentos de diversa índole al trabajador, incluyendo despidos tanto individuales como colectivos fundados en necesidades de la empresa con potencial baja carga fáctica objetiva que les puedan dar argumento. “En esas condiciones, la objetivización de la causal, si bien tratándose de circunstancias meramente económicas puede suponer la ausencia de voluntad del empleador; en el caso de procesos de reestructuración empresarial, debe entenderse como sinónimo de fundamentación técnica. Por lo tanto, debe considerarse objetiva la aplicación de la causal de necesidades de la empresa no porque ésta se genere con motivo de un hecho ajeno a la voluntad del empleador, sino que en tanto la decisión patronal adoptada exhiba una fundamentación de carácter técnica perfectamente constatable”⁵⁹². Es por ello que resultaría, según algunos⁵⁹³ y mirado desde un punto de vista exclusivamente formal, altamente reduccionista identificar el carácter objetivo de las necesidades de la empresa con una mera ausencia de voluntad de las partes, específicamente del empleador, al estar desatendiendo tal lectura el factor técnico propio de la causal.

Ante la aludida apertura y generalidad, desde un cariz jurídico, de los conceptos del artículo 161 del Código Laboral, se han elaborado variados criterios jurisprudenciales que han pretendido definir la interpretación de esta causal, privilegiando una ponderación proclive al principio protector, incorporando en su caso, requisitos no contemplados en el articulado para efectos de configurarla, a saber: ajenidad, gravedad y

590 VIVANCO CISTERNAS, MANUEL (1994): “*El Despido Laboral*”, Santiago: Editorial Jurídica, p. 87.

591 Respecto al uso fisiológico o patológico de estas técnicas de reorganización corporativa, SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO (2010): “Un nuevo tipo de reforma laboral en América del Sur: La regulación de la subcontratación de actividades productivas”, En: *Derecho Laboral*, Vol. 53 N° 238, pp. 271-280.

592 VARAS CASTILLO (2011), p. 84.

593 Véase, a modo ejemplar, VARAS CASTILLO (2011), p. 87 y ss.

permanencia⁵⁹⁴. Algo, sin lugar a dudas, alentado por la casuística a la que da pie la enorme cantidad de factores que caracteriza a las instituciones económicas, y que supera largamente los supuestos descritos por la norma. De ello da cuenta la Corte de Apelaciones de Concepción, al señalar que “el legislador contempla en el artículo 161 inciso 1° diversas hipótesis de aplicación de la causal, tales como racionalización de la empresa, modernización de la misma, bajas en la productividad de la empresa, cambios en las condiciones del mercado y cambios en las condiciones de la economía. Las hipótesis descritas tienen en común los elementos de ajenidad u objetividad, gravedad y permanencia. Si se comparan las hipótesis indicadas, el carácter económico o tecnológico de las necesidades de la empresa está latente en cada una de éstas, lo que constituye un faro, en la búsqueda de la medida que debe ser usada como referencia en la precisión de lo que debe entenderse por necesidades de la empresa. *Las situaciones descritas por la ley no logran cerrar la vasta casuística que puede llegar a constituir la causal en comento, por lo que la norma admite otras situaciones análogas*”⁵⁹⁵. De esta manera, la jurisprudencia pretende romper con una comprensión acotada de los fenómenos mencionados en su texto brindada por el legalismo estricto, para resolver situaciones en que se invoca la causal y que poco y nada tienen que ver con necesidades de la empresa, que se guarnecen bajo el talante del libre despido, trasladando corolariamente el riesgo de la actividad empresarial al trabajador.⁵⁹⁶

En definitiva, Chile muestra un medio preceptivo flexibilizado en materia de despido, cuya estructura no distingue entre aquellas terminaciones individuales o colectivas. Las necesidades de la empresa como causal surge como insigne ejemplo de una orientación normativa pro empresarial, contextuada en una prácticamente nula fiscalización del Estado, de la que decanta un inexistente tripartismo o cogestión, brindando una enorme libertad al empleador al darse circunstancias vagamente descritas en la norma, pero que de acuerdo a su parecer,

594 Respecto de la ajenidad, ver Rol 3946-1998 de la Corte de Apelaciones de Santiago, o el Rol 544-2008 de la Corte Suprema. Tanto la gravedad como la permanencia pueden verse explicitadas en el Rol O-43-2009 del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, o el Rol 3717-2006 de la Corte de Apelaciones de Concepción.

595 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 264-2008 (el destacado es propio).

596 Por ejemplo, se ha sentenciado por parte de la Corte de Apelaciones de Concepción, que “no se puede tener por configurada la causal de necesidades de la empresa si se ha contratado nuevo personal en los mismos cargos que ocupaban los trabajadores despedidos, porque ello demuestra la innecesidad de la medida, y toda vez que no puede radicarse la responsabilidad de los problemas económicos de la empresa en la existencia de competidores, al ser ello propio del sistema de libre mercado”, Rol 342-2007, “Parra Muñoz con Impresora y Comercial Publicguías S.A”.

ameriten despedir a parte importante de su planilla de trabajadores sin mayor motivación e incluso consideración social. “Así las cosas, la causal de despido de necesidades de la empresa se usa en muchas ocasiones en forma residual. El empleador no ve otra forma de prescindir de su trabajador por lo que invoca la causal debido a las características ya señaladas. Y el legislador da señales en este sentido, no expresas por cierto, pero en ciertas disposiciones le otorga este carácter”⁵⁹⁷, como la del artículo 168 en su penúltimo inciso. Otra arista en lo absoluto irrelevante, está en la labor de los Tribunales de Justicia, los que apegándose a los fundantes principios de lo laboral, han venido a limitar su aplicación, objetivándola hacia circunstancias tecnológicas o económicas ajenas a la voluntad de las partes, graves y permanentes.

4. IDEAS FINALES: ENTRE LAS LECCIONES COMPARADAS, LA NOCIÓN DE TRABAJO Y LA RECONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DEL DESPIDO EN CUANTO INSTITUCIÓN

De los análisis expuestos, resultan diferencias evidentes luego de efectuar revisiones comparadas a los ordenamientos laborales de Alemania y Chile en cuanto al despido por necesidades de la empresa, con especial mención a los colectivos. Es evidente que los enfoques normativos de los itinerarios de uno y otro país se han diluido por veredas ideológicamente diferentes. Mientras que Alemania ha deambulado por construcciones sobre el despido más apegadas a lo derechamente social (no sin críticas, ciertamente), Chile ha sistematizado un sistema laboral proclive al libre mercado, con un libre despido maquillado con estabilidad relativa y con escasísima consideración por sus consecuencias sociales. Los argumentos que se han desplegado en esta investigación dan sustento a tales afirmaciones.

Más que efectuar, por ende, una mera enunciación de factores posible de reducir y transformar en un paralelo entre las estructuras positivas de los países estudiados, resulta más interesante y sustantivo referirse a los motivos que pudieran haber dado pie para que estos Estados, exitosos en el contexto económico local e internacional, hayan tomado caminos normativos tan diferentes a la hora de definir lo laboral.

597 SILVA NIÑO DE ZEPEDA, RAFAEL (2011): “De las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio: su problemática y relación con el Procedimiento de Tutela Laboral”, Profesor guía: CLAUDIO PALAVECINO CÁCERES, Santiago: Universidad de Chile; Facultad de Derecho, p. 72.

Visto de esta forma, el proceso de determinación de las fronteras del trabajo pasa de ser un ejercicio eminentemente dogmático a uno en que emergen las concepciones políticas de quienes participan en un campo como el laboral. ¿Qué es lo que hay tras la defensa de una óptica productivista, amplia y/o centralista del trabajo para efectos de estimar o excluir a una determinada actividad como un trabajo? ¿Es que acaso si se reduce la amplitud del concepto de trabajo se excluirán sus posibilidades emancipadoras? ¿Qué tan “conveniente” puede llegar a resultar incluir o excluir tales potenciales reivindicativos? Tras la respuesta a tales preguntas hay un indudable componente político, y cómo este es ponderado según la concepción o intereses de quién la exprese o pretenda transcribir a la norma jurídica.

Es el elemento político el que ineludiblemente va colmando así de contenido a la noción de trabajo. Las decisiones políticas en uno y otro Estado comentados, transcritas a la estructura jurídica, permiten señalar su radicación en una u otra categoría del trabajo en cuanto concepto, haciendo de esta rama del Derecho una muy maleable y dúctil ante los requerimientos económicos y los planeamientos gubernamentales de turno, pero con consecuencias diversas a nivel de los trabajadores. Alemania nos muestra una noción de trabajo amplia en su normativa sobre el despido, al destilarse de la misma, sobre todo en su regulación sobre la causal de necesidades de la empresa, una superación de la conceptualización del trabajo reducible a la mera producción de bienes, sin miramientos a la autorrealización o a la protección que la sociedad puede brindarle. Por lo mismo, el afán anti productivista es tenido en este país como parámetro nuclear, al saber concertar más que la producción económica y el desarrollo humano, los intereses de todos los agentes del trabajo, sin descartar la complejidad intrínseca del mercado y la eficiencia ante el principio tutelar del Derecho del Trabajo. Por lo mismo, no resulta sorpresivo que, en lo relativo a la centralidad del trabajo, en Alemania se atisbe una de tipo normativa, por su aproximación a la cogestión, a la protección a la estabilidad traducida en los planes sociales, a la justificación social tanto en los despidos individuales como colectivos, al reconocimiento del conflicto y la intervención del Estado en un afán conciliativo. Sucintamente, lo relatado ha traído como resultado en Alemania que el Derecho del Trabajo ha finalmente “sobrepasado en su desarrollo su función social protectora del obrero más débil económicamente, convirtiéndose en un factor sociopolítico de paz y de orden. Sobre la “cooperación social” entre patrones y sindicatos, que se ha desligado del pensamiento de la “lucha de clases””⁵⁹⁸. El trabajador se

598 TRENK-HINTERBERGER, PETER (1979): “El desarrollo del Derecho alemán

descosifica y se empodera en el campo que le pertenece por esencia, sea individual como colectivamente, considerado incluso para efectos del despido, como bien se ha tenido oportunidad de analizar.

Chile se muestra derechamente en las antípodas respecto de Alemania. El trabajo muestra una noción restringida⁵⁹⁹, idea que se refuerza en los fuertes incentivos indemnizatorios que se dan sobre el mismo al finalizar la relación laboral, pasando incluso por sobre un principio que se anunciaba como nuclear en dicha temática: el de la estabilidad. Esto se ve complementado por el productivismo y la centralidad del trabajo; aun cuando el trabajo se considere en un esquema productivista como una cualidad, no se repara una transcripción de esta virtud en el Derecho del Trabajo chileno de la cual sea posible asentar su centralidad. Una que “se refiere al hecho de que el trabajo constituye para todos un soporte identitario que permite la realización de proyectos personales, posibilita la construcción de una imagen positiva frente a sí mismo y a los demás, ofrece la oportunidad de crecer y aprender, y constituye, para muchos de ellos, una fuente de dignidad”⁶⁰⁰. Es decir, hay una centralidad fáctica o descriptiva que no encuentra eco en la normativa, al no ligarse derechos de ciudadanía, bienestar ni estrato socioeconómico con el trabajo. El producir se transforma una actividad carente de sentido para quien produce, siendo una actividad que se reduce a una faceta simplemente retributiva remuneracional o indemnizatoria, y ni siquiera de forma suficiente⁶⁰¹. El trabajador se convierte en un guarismo, en un elemento que conforma un gasto en la coyuntura del despido, alienándolo dentro de un proceso político productivo que le desconoce, sin que se maduren políticas conscientes de las secuelas de la terminación contractual a nivel social⁶⁰². La admisión del libre despido, la inexistencia de planes o de

del Trabajo en los últimos 75 años”, En: *LXXV años de evolución jurídica en el mundo. Derecho Privado y del Trabajo*, Coord. Jorge Sánchez-Cordero Dávila, México D.F: Ediciones de la U.N.A.M, p. 134.

599 Piénsese, por ejemplo, en las materias que son posibles de negociar colectivamente de acuerdo al artículo 306 del Código del Trabajo.

600 DÍAZ, XIMENA, GODOY, LORENA y STECHER, ANTONIO (2005): “*Significados del trabajo, identidad y ciudadanía. La experiencia de hombres y mujeres en un mercado laboral flexible*”, Santiago: Ediciones Centro de Estudios de la Mujer, p. 38.

601 Se recomienda la investigación de KREMERMAN, MARCO (2011): “La degradación del trabajo en Chile: del salario ético a la calidad del empleo”, [en línea; formato PDF], En: *Caritas Chile*, pp. 25-42, [Fecha de consulta 25/10/14], Disponible en: <http://www.caritashile.org/trabajo.pdf>.

602 Se sigue el concepto de alienación elaborado por Atria, el que indica que ella “describe el proceso (y el estado al que lleva) mediante el cual lo que es propio se nos aparece como ajeno, se nos hace ajeno. La alienación política, es decir, el hecho de que la voluntad políticamente producida se nos aparezca como ajena, es el fracaso específico de las formas institucionales democráticas”, ATRIA LEMAITRE, FERNANDO (2010):

selección social ante un despido individual o colectivo, la innecesaridad de la autorización administrativa para la eficacia de los despidos colectivos, una intervención judicial que se limita a fijar indemnizaciones pre tasadas legalmente para justificar despidos en necesidades de la empresa estipuladas en términos amplios, son reflejo inequívoco de un Derecho Laboral que se va construyendo sin trabajadores, y en la que el trabajo es un costo más.⁶⁰³

Es evidente que el ordenamiento alemán se apega mucho más que el chileno a los principios elementales del Derecho del Trabajo, en específico el tutelar y su ramificación, que es el de la protección a la fuente de empleo. La preceptiva alemana en cuanto a la terminación de la relación de trabajo es demostración tangible de que es posible sostener la defensa del modelo capitalista sin diluir la esencia del Derecho del Trabajo, que es la que le da coherencia, existencia y epistémica, diferenciándolo del Derecho Civil. El modelo chileno actual, por su parte, fruto de una desregulación salvaje instituida por el Plan Laboral de 1979, habría de hacer mella en el modo en que se constituyó el complejo proceso de creación normativa laboral, desde la fase cognitiva, hasta la búsqueda por la confluencia de intereses previa a positivizar definitivamente la idea matriz⁶⁰⁴. Se culmina por extraer de su lógica el consustancial conflicto, arrimando sus instituciones fundamentales a lógicas pro empresa, puramente privatistas, plenas en procedimientos, plazos y exclusión del actuar estatal: huelga, negociación colectiva, constitución de sindicatos y despido, incluyendo al colectivo por necesidades de la empresa.

Finalmente, ¿qué opción estimo adecuada para comenzar a repensar estás lógicas en el caso chileno, y gestar así una nueva estructura positiva sobre el despido? Superando la mera adecuación normativa de lo nacional, adicionalmente considero más estimulante, por los desafíos que significa, una reconstrucción sistemática del Derecho del Trabajo que

“Participación y alienación política: el problema constitucional”, [en línea; formato PDF], En: *Boell Latinoamerica*, p. 163, [Fecha de consulta 25/10/14], Disponible en: http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/En_el_nombre_del_pueblo.pdf.

603 “Dicho brevemente, las leyes son virtuosas cuando protegen a los negocios pero pecaminosas cuando protegen a los trabajadores”, BRONSTEIN, ARTURO (2011): “*Derecho internacional y comparado del trabajo. Desafíos actuales*”, Murcia: Editorial Plaza y Valdés, p. 33.

604 “Para algunos, el caso típico de desregulación salvaje es la sustitución de la legislación laboral chilena por el plan laboral primero, y por el Código del Trabajo después, operada por el régimen militar que gobernó al país a partir de 1973. Otros consideran que el extremismo de esta experiencia, la excluyen del concepto jurídico de flexibilidad y aún de desregulación”, ERMIDA URIARTE, ÓSCAR (1992): “La flexibilidad en algunas experiencias comparadas”, En: *Experiencias de flexibilidad normativa*, AA.VV, Santiago: Ediciones Universidad Andrés Bello, p. 45.

sea capaz de empoderarse en sus principios inspiradores, de manera tal que su positivización no concluya en una impracticable declaración de buenas intenciones, cuya reforma perfeccione al mercado y no culmine legitimando intereses corporativos que persigan degradar las condiciones laborales⁶⁰⁵. “El desafío consiste en imprimir nuevo vigor a la base filosófica sobre la que hoy se asienta el Derecho del Trabajo (...). Se impone la urgencia de encontrar nuevos horizontes, de buscar fórmulas omnicomprendivas, de explorar otras alternativas de fundamentación y razón de ser de nuestro derecho”⁶⁰⁶. Sucintamente, tomarse en serio al Derecho del Trabajo, más aún cuando de lo que se está hablando es la terminación del contrato de trabajo.

En el caso chileno, en lo tocante a lo que es el objeto de la presente investigación, corresponde replantearse la institución de la finalización del vínculo laboral, arrojándose una estructuración que defienda el garantismo de la estabilidad laboral ante ópticas reduccionistas basadas en costos indemnizatorios. Por ejemplo, y no pudiendo resguardarse ante los actuales procesos flexibilizadores de externalización, se plantean los vistos despidos colectivos “motivados por razones económicas u organizativas, que pueden convertirse en una vía fácil de legitimación de las extinciones de los contratos de trabajo del personal “interno” de las empresas que decidan recurrir a la descentralización si no se cuestiona la aptitud de esta decisión para operar como una causa válida de disolución del vínculo laboral”⁶⁰⁷. Su reconstrucción pasaría por apartarse de su cimentación garantista originaria, renegando lecturas interpretativas que acunen una aplicación del artículo 161 inciso 1 del Código del Trabajo justificativa de despidos colectivos no fundados en motivos técnicos u organizativos, mas aceptando los que comprobadamente si lo estén. La jurisprudencia chilena, como tuvo oportunidad de verse, ha iniciado un curso en tal sentido, de manera no vinculante, en virtud del efecto relativo de sus sentencias. “Esta solución serviría para imponer un límite claro a la utilización en estos casos de la potestad expulsiva de los

605 “Medidas de frecuente aplicación se denominan como pro mercado, orientadas –se dice– a promover la inversión, el empleo, el consumo y el crecimiento, pero en realidad, muchas de ellas son pro empresa y se concentran en otorgar amplias ventajas a empresas que mientras más grandes son, más provecho sacan a tales medidas”, LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego (2009): “*Los derechos de las personas: la fuerza de la democracia*”, Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, pp. 113-114.

606 CORDOVA, EFRÉN (2013): “Un siglo de avances y frustraciones en el Derecho del Trabajo”, En: *Derecho Laboral*, Tomo LVI N° 249, pp. 23-24.

607 SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO (2013): “Subcontratación de actividades productivas y derechos laborales”, En: *Derecho Laboral*, Tomo LVI N° 249, p. 46.

trabajadores de las empresas que deciden recurrir a estas prácticas”⁶⁰⁸.

En el fondo, todo pasa por revitalizar la noción de trabajo en una sociedad como la chilena, embriagada por el factor eficientista económico y su gramática por sobre cualquier otro. Desde teorías fatalistas que anunciaban el fin del trabajo⁶⁰⁹, enfrentando múltiples crisis en su faz jurídica, pasando por análisis comparados que nos demuestran su vigor y resuelto rol en los equilibrios de países de mayor desarrollo que el nuestro, o ideologías que pretenden reducirlo a un tema de costos, el trabajo demuestra su robustez día a día por su manifiesta relevancia central en la concreción de los intereses de todos los agentes del campo laboral, incluido el Estado. El trabajo merece largamente una estructura jurídica compleja, legitimadora y conciliadora de sus funciones, y que reconozca las variadas voces que le atiborran de un maleable y coyuntural, mas fundamental sentido.

608 SANGUINETI RAYMOND (2013), p. 47.

609 Al respecto, RIFKIN, JEREMY (1996): *El fin del trabajo*, Barcelona: Editorial Paidós, 1996.

LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Juan Raso Delgue⁶¹⁰

SUMARIO

1. Introducción. 2. La extinción del contrato por mutuo acuerdo. 3. Extinción del contrato por causas independientes de la voluntad de las partes. 4. Extinción del contrato por tiempo indefinido por decisión unilateral de una de las partes. 5. La inconducta del trabajador. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCION

Nos honra haber sido invitados a participar en esta publicación de homenaje al distinguido *juslaboralista* chileno Profesor Francisco Walker Errázuriz, especialmente estimado en mi país. El tema elegido para este tributo es por demás central en el derecho del trabajo, porque señala la confrontación entre el interés del empleador de poder actuar con suficiente libertad a la hora de acordar o poner fin al vínculo laboral, y la preocupación del trabajador, para quien la estabilidad en el trabajo significa la seguridad del salario que muchas veces es su única fuente de sustento.

Como es notorio, el Derecho del trabajo procura extender en el tiempo el contrato, ya sea a través del juego del principio de la continuidad, con reglas que impiden al empleador rescindir el contrato o le imponen

610 Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Catedrático de Relaciones Laborales de la Facultad de Derecho - Universidad de la República (Uruguay); Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

indemnizaciones a los efectos que le sea gravosa una rescisión inmotivada del vínculo, ya sea, finalmente, construyendo conjuntamente con la seguridad social una serie de amortiguadores que extienden los tiempos de suspensión del contrato para evitar la finalización del vínculo.

Con relación al principio de la continuidad, recordemos que el mismo expresa la tendencia del derecho laboral de atribuirle la más larga duración a la relación laboral, porque para el trabajador la estabilidad en su relación laboral le da seguridad. Son conocidas las proyecciones que Plá Rodríguez atribuye al mismo y que aquí nos limitamos a recordar: a) preferencia por los contratos de duración indefinida sobre los contratos a término; b) amplitud para admitir transformaciones del contrato (*jus variandi*); c) conservación del contrato pese a incumplimientos y nulidades; d) resistencia a la rescisión patronal; e) las interrupciones son tomadas como suspensiones; f) prolongación del contrato pese a la sustitución del empleador.⁶¹¹

Sin perjuicio de esta reflexión inicial, existen diversas formas de extinción del contrato que no siempre pasan por decisiones del empleador o por la voluntad de poner fin al vínculo laboral. A los efectos de ordenar las causas de extinción del contrato de trabajo, dividiremos las mismas en tres vertientes: a) la extinción del contrato por mutuo acuerdo; b) las causas generales de finalización del contrato; y c) las causas típicas de extinción del vínculo laboral.

2. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR MUTUO ACUERDO

2.1. Contrato por tiempo indefinido.

El contrato de trabajo por tiempo indefinido, originalmente pactado para perdurar en el tiempo, puede sin embargo extinguirse en cualquier momento si así lo acuerdan las partes.

La extinción sigue los criterios consignados en la normativa civilista de la terminación de los contratos por mutua decisión de las partes. La particularidad del vínculo laboral, que contrapone un contratante fuerte (el empleador) con un contratante débil (el trabajador), solo obliga al intérprete a verificar si existió realmente un acuerdo mutuo de ambas, es decir, si el consentimiento extintivo del trabajador no obedeció a presiones indebidas. Las reflexiones sobre el punto son análogas a la cuestión de la renuncia del trabajador, que examinaremos más adelante.

611 PLA RODRIGUEZ, AMÉRICO, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, 3a Edición, Buenos Aires, 1998, p. 223 y ss.

El mutuo acuerdo que pone fin al contrato de trabajo no necesariamente debe ser expreso. La actitud de las partes posterior a la extinción, o la no reclamación por ninguna de ellas sobre efectos indeseados del contrato, pueden ser la manifestación de un acuerdo tácito. De todos modos, en la materia laboral todo lo que esté referido a la extinción del vínculo debe ser mirado con cierta prevención, por lo tanto, el acuerdo escrito sigue siendo un eficaz elemento de prueba a la hora de controvertirse la existencia de ese acuerdo que pone fin al contrato.

Plá Rodríguez recuerda que el contrato de trabajo puede prever de antemano el derecho de una sola de las partes de rescindirlo sin derecho a indemnización, aunque limitadamente a un período de tiempo definido. Es el caso del contrato a prueba, en que cada parte autoriza a la otra a rescindir unilateralmente el vínculo. Pero esta situación no debe confundirse con la rescisión por mutuo acuerdo, en que las partes conjuntamente toman la decisión.

2.2. Contrato de duración determinada.

El contrato puede también tener un momento de extinción acordado entre las partes al momento de suscribirlo, y en estos casos ya no estaremos en presencia de un contrato por tiempo indefinido, sino ante un contrato de duración determinada. La característica de los *contratos temporales* es que su extinción es pactada de antemano (esa extinción puede estar indicada por una fecha cierta o condicionada por el cumplimiento de una tarea o una obra) y la consecuencia principal es que el contrato pierde las garantías de una mayor o menor estabilidad.

La extinción natural del contrato temporal se produce por vencimiento del plazo pactado por las partes o por cumplimiento de la obra acordada. Es criterio firme que, al no existir propiamente un despido, tampoco se genera un derecho del trabajador a la consiguiente indemnización.

Cuando en cambio una de las partes pone fin *ante tempus* al contrato temporal, surge la cuestión de determinar las responsabilidades por no haber cumplido con el pacto pactado.

El caso plantea una ulterior dificultad cuando estamos ante un contrato de obra con fecha de terminación incierta, situación muy común en la industria de la construcción. Como ha expresado Plá Rodríguez, en este caso -en que la extinción del contrato se produce por *avance de obra*- debe entenderse por terminación “no la totalidad objetiva proyectada por el empleador sino la parte que subjetivamente

corresponda al respectivo trabajador dentro de aquella”.⁶¹²

En Uruguay, como ha expresado el Tribunal de Apelaciones del Trabajo (en adelante individualizaremos como TAT los tribunales uruguayos en materia laboral) de 3° Turno (Sent. N° 398 de 5.11.2007), el contrato para obra determinada con plazo incierto “es por el tiempo que sean necesarios los servicios del contratado y sabido es que el empleador tiene la facultad de decidir en base a la dinámica de la obra, qué trabajadores se mantienen y quiénes cesan, y en el caso, quedó claro que el cese del actor obedeció al desarrollo normal de la obra en contracción... No debe estarse a la finalización de la obra en su totalidad, sino de las tareas para las cuales fue contratado, y atendiendo a su categoría de peón es evidente que no todos van a cesar al mismo tiempo, aunque sí fueron varios los cesados en esa oportunidad. También quedó claro que no ingresaron nuevos peones luego de la desvinculación del actor”⁶¹³. Debe también señalarse que la jurisprudencia en forma constante ha sostenido la necesidad de que sea el empleador –en los casos del contrato con plazo incierto– quien pruebe el agotamiento del término. Así lo recuerda el TAT 1° en Sent. N° 19 del 12.3.98.⁶¹⁴

En cambio, en la rescisión unilateral y anticipada de un contrato temporal con plazo cierto, doctrina y jurisprudencias coinciden que corresponderá la reparación del daño producido por quien rescindió el pacto. Castello y Henderson han señalado que nada excluye que el trabajador pueda ser responsabilizado por la ruptura *ante tempus* del vínculo, aunque consideramos que deberán examinarse con criterios de razonabilidad los elementos vinculados con la fungibilidad de la tarea, la retribución, el grado de responsabilidad y la importancia que tenía para la contraparte la conservación del vínculo. En efecto, no podrá juzgarse con la misma medida la rescisión anticipada de un contrato de obra por parte de un peón de la construcción que la de un técnico altamente especializado, en el que la empresa invirtió para capacitarlo y quiso con el contrato temporal asegurarse una legítima recompensa de la inversión asumida.

En cuanto a la liquidación del daño, los criterios difieren en doctrina y jurisprudencia.

Castello y Henderson enumeran cuatro distintos criterios para la liquidación del daño por ruptura *ante tempus*:

612 Plá Rodríguez Américo, *Curso... cit.*, T.II, V. I, pp. 200 y 201.

613 Anuario de Jurisprudencia Laboral (*en adelante individualizaremos los anuarios con la signa AJL*) 2007, caso 140.

614 AJL 1998, caso 149.

- a) aplicación de la indemnización por despido prevista por las leyes de 1944, equiparando la ruptura anticipada al despido común en caso de contrato por tiempo indefinido.
- b) aplicación de las reglas del derecho civil en materia indemnizatoria.
- c) aplicación de un mecanismo combinado, que deja a opción del trabajador solicitar cualquiera de las dos indemnizaciones anteriores.
- d) posibilidad de una reparación acumulativa, es decir indemnización por despido más resarcimiento por daños y perjuicios.⁶¹⁵

Los tres primeros criterios han sido aplicados alternativamente en nuestra jurisprudencia, mientras que el cuarto se ha planteado en la práctica judicial cuando el trabajador fundamenta la solicitud de la indemnización por despido como un piso mínimo legal, que en caso de no cubrir la totalidad del daño, acumula con la solicitud de daños y perjuicios.⁶¹⁶

Corresponde indicar que la Suprema Corte de Justicia ha aplicado el criterio de los daños y perjuicios del derecho común. En Sent. N° 403 del 9.12.97 expresa que la liquidación del daño patrimonial deberá hacerse según los criterios de la reparación integral del daño (arts. 1329 y ss. del Código Civil): deberá cuantificarse el daño producido por la rescisión *ante tempus*, pero al mismo tiempo deberán descontarse las sumas que el trabajador hubiera percibido en otros trabajos durante el período a considerar.⁶¹⁷

3. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS INDEPENDIENTES DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

El contrato de trabajo —ya sea por tiempo indefinido o con duración determinada— está destinado a cumplirse durante el plazo del contrato (*contrato a término*) o a perdurar sin plazo en el tiempo (*contrato por tiempo*)

615 CASTELLO, Alejandro y HENDERSON, Humberto, *La ruptura ante tempus del contrato de temporada por el empleador*, en rev. Derecho Laboral, N° 177, Montevideo 1995, pp. 155, 156 y 162.

616 Ver AJL 1996-1997, caso 1651; AJL 1996-1997, caso 312; AJL 1996-1997, caso 469; AJL 1996-1997, caso 1652; AJL 1993, caso 183; AJL 1996-1997, caso 469.

617 AJL 1996-1997, caso 468.

indefinido). Sin perjuicio de ello, diversas causas –que no derivan de la voluntad unilateral de las partes– pueden poner fin al mismo.

Es importante estudiar la existencia de estas causas extintivas, porque en el caso que sean motivo legítimo de extinción del contrato, el empleador no deberá la indemnización por despido (si el contrato es por tiempo indeterminado) o ninguna parte deberá reparar el daño (si estamos ante una extinción *ante tempus* del contrato).

Señalaremos a continuación las causas más recurrentes de extinción del contrato, recordando obviamente que la lista no es taxativa:

A. *La muerte del trabajador.*

Siendo que el contrato de trabajo es de carácter personalísimo, la muerte del trabajador pone fin al mismo. Aún en el caso poco común que una familiar del trabajador comience a trabajar en lugar del fallecido, el contrato del primero se extingue y nacerá un nuevo contrato con el trabajador que lo remplace.

B. *La muerte del empleador.*

En principio, la muerte del empleador no extingue el contrato de trabajo. Los argumentos que justifican dicha conclusión son:

- a) El contrato de trabajo es *intuitu personae* solo con relación al trabajador: es la muerte de éste y no la de su empleador la que pone fin al contrato.
- b) Como acontece en otras hipótesis de continuidad del contrato (sucesión de empresa, subrogación del empleador, etc.), el vínculo sigue con los sucesores, quienes pueden interrumpirlo, aunque para ello deberán abonar la indemnización por despido.
- c) El trabajador que ingresa a trabajar para un empleador –aún en el caso de que el vínculo se refiera a labores domésticas o de atención de salud o de secretaría– sin ninguna estipulación contractual que establezca claramente términos o condiciones u obras, celebra un contrato por tiempo indefinido como cualquier contrato típico del derecho del trabajo. El contrato por tiempo indefinido no tiene términos, no puede mutar su naturaleza de indefinido a “por tiempo determinado”, por el hecho que se produzca la muerte del empleador. Confirman esta posición Alonso Olea y Casas Baamonde, para quienes la decisión de prescindir de los servicios de los trabajadores de la persona fallecida es un motivo justificado para extinguir el vínculo, pero al ser independiente de la voluntad

del trabajador, se vuelve indemnizable.⁶¹⁸

Posición contraria ha sostenido el Tribunal de Apelaciones de 2º Turno, que entiende que la muerte del empleador pone fin al contrato de trabajo sin que exista despido (y por lo tanto pago de la indemnización al trabajador) “por ausencia del objeto y sujeto empleador”.⁶¹⁹

C. La destrucción de la empresa, el caso fortuito y la fuerza mayor.

A diferencia de opiniones divergentes del pasado, hoy doctrina y jurisprudencia consideran que la destrucción de la empresa producida por una calamidad (terremoto, incendio, naufragio de un buque, etc.) – aún derivante del caso fortuito o fuerza mayor– no pone de por sí fin al contrato de trabajo. La empresa deberá buscar nuevas formas de asegurar la prosecución del contrato, y en caso de no poderlo hacer, deberá abonar al trabajador la indemnización por despido. Se considera que la existencia de la empresa –como la vida del empleador– es una situación ajena al trabajador. Aunque excepcionales, el caso fortuito y la fuerza mayor son situaciones previsibles en todo emprendimiento productivo (y como tales normalmente pueden asegurarse). Esa previsibilidad –estrechamente vinculada al riesgo de empresa– determina que el empleador pudo preverlo, y por lo tanto, deberá indemnizar al trabajador en caso que el hecho ponga fin al contrato.

Larrañaga, en posición recogida por la Suprema Corte de Justicia⁶²⁰, ha expresado que la prestación del servicio contra salario importa que existe una obligación de garantía del empleador al trabajador. Aquel que asume la mayor o menor ganancia asume todo el riesgo, que involucra también la fuerza mayor, en tanto ésta viene a constituir un riesgo del empresario⁶²¹. Concluye la Corte en la indicada sentencia que “la rescisión del contrato prevista, debe ser considerada como riesgo de la explotación que el patrono tomó exclusivamente a su cargo frente a los trabajadores, al convenirse entre las partes una retribución forfaitaire, por la cual el trabajador renuncia a las ganancias eventuales de la empresa, pero queda al mismo tiempo, desvinculado de sus riesgos (cf. Rev. Der. Laboral, T. XXV, c. 366, p. 163)”.⁶²²

618 ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 10ª Edición, Madrid 1988, p. 466)

619 TAT 2º, Sent. N° 284 del 25.11.2008, en AJL 2008, c. 326.

620 Ver entre otras, la Sentencia N° 380 de 23.10.2009, en AJL 2009, c. 305.

621 LARRAÑAGA ZENI, Nelson, *La fuerza mayor en el derecho del trabajo*, Montevideo, 1991, pp. 107 y 108.

622 Sentencia N° 380 de 23.10.2009, en AJL 2009, c. 305.

Debe, por lo tanto, concluirse que aunque el contrato de trabajo se concluya de hecho por una calamidad ocurrida a la empresa u otro hecho vinculado con la fuerza mayor o el caso fortuito, esa extinción no exime al empleador del pago de la indemnización por despido.

D. Incapacidad prolongada o permanente del trabajador por accidente, enfermedad común o profesional.

Plá Rodríguez recuerda que en general la incapacidad permanente o prolongada se equipara a la muerte del trabajador, en cuanto imposibilita que el mismo continúe desarrollando sus tareas.⁶²³

Por su parte, Barbagelata ha expresado que la incapacidad del trabajador puede en un primer momento simplemente interrumpir la relación de trabajo; pero cuando esa incapacidad se consolida, como en las enfermedades incurables e imposibilidad por tiempo indefinido de desempeñar las funciones por causas físicas o mentales, el contrato de trabajo se extingue sin derecho al pago de indemnizaciones.⁶²⁴

De todos modos, corresponde señalar que la evolución de la seguridad social y la protección de las contingencias de la siniestralidad y enfermedad en el trabajo han determinado una serie de amortiguadores a los efectos que el trabajador pueda conservar el puesto de trabajo durante el tiempo de su enfermedad o accidente, si existe una razonable expectativa de regresar a su trabajo habitual. A tal propósito corresponde recordar la previsión del art. 69 de la Ley N° 16.074 de 10 de octubre de 1989 que, limitadamente al caso de los accidentes y enfermedades profesionales, expresa: “El trabajador, víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, si así lo solicita, deberá ser readmitido en el mismo cargo que ocupaba, una vez comprobada su recuperación. Si el trabajador queda con una incapacidad permanente parcial, tendrá derecho a solicitar su reincorporación al cargo que ocupaba, si está en condiciones de desempeñarlo, o a cualquier otro compatible con su capacidad limitada”.

D. La quiebra de la empresa.

Desde el punto de vista jurídico, esta situación de asimila a la muerte del empleador o a los casos de cierre por fuerza mayor o caso fortuito.

623 PLA RODRIGUEZ, Américo, *Curso...*, T. I, V. 2, p. 233.

624 BARBAGELATA Héctor-Hugo, *Derecho del Trabajo*, T. I, V. 2, 3ª Edición actualizada con la colaboración de RIVAS, Daniel, Montevideo, 2007, p. 231. En igual sentido el TAT 2° en Sent. 172 de 16.7.2008, en AJL 2008, c. 191.

La quiebra es una de las posibles consecuencias de la vida de la empresa: es un riesgo que el empleador asumió al promover su emprendimiento. Por lo tanto, en caso de quiebra, la empresa deberá abonar las deudas laborales, entre las cuales figurará el despido, de conformidad a la normativa que regula la materia.⁶²⁵

F. Tránsito de la empresa.

De Ferrari sostuvo que la transferencia de la empresa determinaba la extinción del contrato de trabajo⁶²⁶. Plá Rodríguez, acompañado por un amplio consenso de la doctrina y la jurisprudencia, considera que la transferencia de la empresa no extingue el contrato de trabajo, porque este contrato es *intuitu personae* solo con relación al trabajador. Dicha característica explica que el contrato puede continuar con otro empleador sin afectar la normalidad del mismo, si se respetan las condiciones generales⁶²⁷. De todos modos –y aunque compartimos la idea que el contrato de trabajo en principio continúa con el nuevo empleador–, consideramos que no deben hacerse afirmaciones categóricas sobre este punto. En efecto, el nuevo empleador podrá tener características propias (anteriores quiebras, débil capacidad de pago, criterios de gestión que se apartan totalmente de las anteriores) que podría significar para el trabajador una alteración tal que pueda poner fin a su contrato de trabajo. En estos casos, el trabajador no tendrá más remedio que considerarse indirectamente despedido, confiando la solución definitiva de la extinción del contrato a la valoración del poder judicial.

Con relación a la transferencia de la empresa, corresponde recordar la Ley 2.904 del 20.09.1904 que establece requisitos especiales en caso de venta de un establecimiento (publicación por 20 días en dos diarios) y en caso de no cumplirse las mismas, el adquirente responde solidariamente por todas las deudas contraídas por el vendedor, incluyendo las laborales.

G. Condena penal.

En principio, una investigación penal y/o condena por cuestiones externas al contrato de trabajo no pone fin al vínculo, especialmente en aquellos casos en que el trabajador tenía una larga vinculación con

625 Ver PLA RODRIGUEZ, Américo, *Curso...*, T. I, V. 2, p. 235.

626 DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de Derecho del trabajo*, T. II, Montevideo 1962, pp. 450 y ss.

627 PLA RODRIGUEZ, Américo, *Curso... cit.*, T. II, V. 1, p. 239 y 230.

la empresa y una conducta intachable⁶²⁸. Barbagelata expresa que “el *arresto* y aun el procesamiento representan circunstancias obstativas del cumplimiento por parte del trabajador de su obligación principal, pero salvo que los hechos que lo provocaron posean significación laboral, el empleador no podría, sin incurrir en responsabilidad, dar por concluida la relación de trabajo”.⁶²⁹

En cambio, cuando la condena es de larga duración –aún por causas externas al vínculo–, inevitablemente pone fin al contrato sin derecho a indemnización, por la imposibilidad de hecho de continuar con la prestación de las tareas a las cuales el trabajador se obligó.⁶³⁰

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR TIEMPO INDEFINIDO POR DECISIÓN UNILATERAL DE UNA DE LAS PARTES

A diferencia del derecho común, el Derecho del Trabajo admite la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral de cualquiera de las partes, aunque puede dicha decisión causar daños, de los cuales podrá responderse. Esta idea ya estaba consignada en el art. 1839 del Código Civil uruguayo, que expresa: “menstrales, artesanos y demás asalariados por cierto término no pueden despedirse ni ser despedidos antes del cumplimiento del contrato sin justa causa. El contraventor responderá de los daños y perjuicios”.

Las causas vinculadas a la voluntad unilateral del trabajador son la renuncia y el abandono, mientras que la decisión del empleador de poner fin al contrato es el despido.

4.1. *La renuncia.*

La renuncia es la decisión expresa del trabajador comunicada al empleador de poner fin al contrato de trabajo.

La doctrina ha considerado que en principio el trabajador conserva en todo momento la libertad de renunciar a su vínculo laboral. Ello obedece al hecho único que en el contrato de trabajo se mezcla un aspecto material (la prestación del trabajo) y el hecho personalísimo de

628 Ver TAT 3°, Sent. 130 de 15.04.2008, en AJL 2008, c. 176.

629 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *Derecho del trabajo* T. I, Vol. 2, cit., pp. 233 y 234.

630 GRANDI, Mario, *Anotaciones sobre Ética y Relaciones de Trabajo*, conferencia dirigida a un grupo de expertos latinoamericanos de derecho del trabajo, Guanajuato (México), 14 de noviembre de 1997.

que la propia dimensión humana del trabajador es parte del contrato. El sujeto mismo de la actividad laboral –expresa Grandi– es llevado al centro de la relación contractual, con la consiguiente sujeción de la propia persona física (cuerpo) del que presta el trabajo al vínculo laboral. Esta operación teórica permitió la construcción del contrato de trabajo como tipo *sui generis*, en que coexisten el elemento personal y el elemento objetivo, dada la inseparabilidad del trabajo de su fuente subjetiva de producción; la incorporación del trabajo en la organización de una empresa implica la incorporación de la persona del trabajador⁶³¹. Esta situación tan particular es la que justifica que en todo momento el trabajador pueda sustraer su *persona física* al contrato que lo obliga.

Se plantea si hay límites al derecho personal del trabajador de desvincularse unilateralmente del contrato de trabajo. La libertad de trabajo, que –como ha expresado Plá Rodríguez– tiene “profunda raigambre constitucional e internacional”⁶³², debe primar sobre todo pacto que la limite. La renuncia no es pasible de prohibición ni de limitación pues nadie puede ser obligado a continuar un contrato de trabajo si se desea terminar con el mismo; es consecuencia del carácter personalísimo del contrato laboral⁶³³. Este principio –la libertad del trabajador de renunciar al trabajo– puede ser puesto en crisis en situaciones excepcionales, en las que la renuncia es expresión de un actuar de mala fe de un trabajador que ha recibido beneficios especiales bajo la promesa de no interrumpir durante determinado tiempo el vínculo laboral. Ello acontece, por ejemplo, cuando una empresa invierte considerable dinero en la formación del trabajador o cuando la renuncia pueda encontrar su razón en móviles maliciosos.

El primer caso se produce cuando, por ejemplo, un estudio profesional invierte una importante cantidad de dinero en la formación en el exterior de un joven profesional y éste, cuando regresa, renuncia ya sea para trabajar en la competencia, ya sea para abrir su propio estudio profesional. Si bien la decisión puede considerarse ilícita, no es fácil encontrar soluciones satisfactorias en el Derecho del trabajo, que en principio tutela el derecho a la libertad laboral del trabajador. En diversos casos las empresas tratan de protegerse haciendo firmar al trabajador un contrato que lo obliga durante un período razonable de tiempo a no renunciar a su puesto de trabajo bajo pena de tener que pagar daños y perjuicios.

631 *Idem.*

632 PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...* cit., T. II, V. 1, Montevideo 1987, p. 150.

633 PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Curso...* cit., T. II, V. 2., p. 245.

Con relación a la segunda hipótesis –una renuncia maliciosa–, interesa destacar la Sentencia N° 34 de 2 de junio de 2004 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er Turno, que examina el caso de un contrato laboral, por el cual el trabajador (con asistencia de su legal) se comprometía por un alto salario a ocupar determinado puesto gerencial en la empresa por un plazo de cuatro años y en caso de una renuncia antes del vencimiento del plazo se obligaba a abonar a la empresa una indemnización de U\$70.000. A los pocos meses el trabajador renunció, y los hechos probados indicaban que la renuncia se produjo luego que el trabajador se apropió de conocimientos confidenciales de la empresa para ir a trabajar a la competencia. El Tribunal consideró que el vínculo contractual permitió al trabajador conocer la clientela de su empleador, los valores de costo y ganancia de los productos, los sistemas de aprobación y autorización de ventas, etc., por lo que ingresó en los secretos de los negocios de su empleador⁶³⁴. Con estos elementos, el Tribunal consideró que la renuncia fue ilícita y condenó al trabajador a abonar la indemnización a la empresa.⁶³⁵

Un aspecto de la renuncia del trabajador que plantea problemas es determinar si la misma realmente es expresada libremente. Barbagelata ha dicho que, en el caso de la renuncia al empleo, el consentimiento del trabajador –como correctamente exigen los jueces– debe ser libre, espontáneo e inequívoco. “No debe existir coerción –afirma–, ni intención por parte del empleador de defraudar el *orden público social*... Queda entendido que cuando el empleador fuerza o provoca la *renuncia* o el abandono del trabajador, ésta no es tal, sino que hay despido, pues la voluntad actuante es la del empleador”⁶³⁶. Es importante retener la opinión del doctrino uruguayo, porque muchas veces se asiste a situaciones especiales en que la renuncia se produce por presiones indebidas del empleador, que amenaza al trabajador que difundirá tal información o procederá a tal denuncia si éste no renuncia. Es evidente que una renuncia fruto de un chantaje o una presión indebida debe considerarse nula, y en tal caso la extinción es provocada por el empleador, quien adeudará la indemnización por despido. Así, el Tribunal de Apelaciones de 1er Turno ha expresado que “si bien surge en autos un documento de renuncia firmado por el actor, el resto de la prueba aboga por restarle valor, considerando configurado el despido... Las situaciones en las que se atribuye al trabajador la voluntad rescisoria con respecto a la relación

634 Ver texto completo de la sentencia y nuestro comentario en rev. *Relaciones Laborales*, N° 7, Montevideo, 2005, pp. 213 y ss.

635 *Idem*.

636 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *Derecho...* cit., T. I, Vol. 2, cit., pp. 247 y 248.

laboral deben ser analizadas con especial detención”.⁶³⁷

La renuncia, además, debe acreditarse (no alcanzan declaraciones o comentarios verbales hechos a compañeros de trabajo). En tal sentido, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno expresa: “Como enseña el profesor Plá Rodríguez (Curso..., T. II, V. 1, p. 145), es de principio en la materia asegurarse de la autenticidad de la voluntad del trabajador de querer terminar con el contrato de trabajo existente, al punto que en algunas legislaciones para admitir una renuncia al empleo se exige que la misma sea presentada por escrito y ratificada ante la autoridad administrativa, señalando también que ese acto, dada la gravedad de sus derivaciones, debe ser examinado con especial cautela. Y en el caso, esa posible renuncia verbal del actor, estuvo lejos de ser acreditada en forma clara y contundente”⁶³⁸. El Tribunal de Apelaciones de 1er Turno recuerda que la “jurisprudencia unánime, haciendo hincapié en que la renuncia importa la pérdida del empleo y por ende de la fuente de trabajo –ámbito natural de gestión de los créditos alimentarios–, exige que la renuncia se presente a través de la forma escrita”.⁶³⁹

4.2. *El abandono.*

El abandono constituye otra forma de extinción unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador. En realidad es una renuncia tácita, porque se expresa por el simple hecho de que el trabajador deja de concurrir a trabajar. El Tribunal de Apelaciones de 3er Turno recuerda la diferencia entre la renuncia y el abandono: “La iniciativa siempre resulta ser del trabajador, diferenciándose una y otra situación en el hecho de que, en la renuncia hay una manifestación expresa de voluntad y el abandono se configura a través de un comportamiento que no todas las veces resulta inequívoco... en el abandono la voluntad del trabajador tiene que quedar de manifiesto en forma inequívoca; en consecuencia para diferenciarla de un despido debe el empleador accionar los mecanismos legales a su alcance para determinar su voluntad de mantener al funcionario en su puesto de trabajo”.⁶⁴⁰

Es práctica habitual reconocida a nivel jurisprudencial que, para que se configure el abandono, el empleador (para confirmar la actitud del trabajador) debe probar que solicitó su reintegro y el medio de prueba

637 TAT 1º, Sent. N° 25 del 10.02.2010, en AJL 2010, c. 569.

638 TAT 2º, Sent. N° 108 de 14.4.2010, en AJL 2010, c. 568, que además cita TAT 3º, Sent. N° 29 de 20.2.2008., en AJL 2008, c. 469.

639 TAT 1º, Sent. N° 419 del 8.12.2010, en AJL 2010, c. 567.

640 TAT 3º, Sent. N° 527 del 17.12.2010, en AJL 2010, c. 564

más sencillo para ello es el envío de un telegrama colacionado. Así lo señala –entre otros– el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er Turno, que expresa: “Si efectivamente el actor no se presentó ante el requerimiento de que lo hiciera, (la empresa) debió incoar el reintegro a través de alguna vía fehaciente, como por ejemplo, un telegrama o cualquier medio idóneo que demostrara que su decisión no era poner fin al contrato, sino que ésta provenía de la voluntad libre del trabajador”⁶⁴¹. Por su parte, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º Turno recuerda expresiones de Plá Rodríguez⁶⁴² y Barbagelata⁶⁴³ y afirma que “(...) para que se considere configurado el abandono, se requiere que se pronuncie el empleador, por lo cual, frente a la ausencia del trabajador, y siguiendo los usos profesionales, deberá cursar intimación de reincorporarse a su puesto de trabajo o justificar su ausencia. Las prácticas profesionales han adoptado la fórmula del telegrama colacionado”⁶⁴⁴.

4.3. El despido.

El despido –es decir, la rescisión unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador– constituye de algún modo una paradoja del Derecho del trabajo. Por un lado estudiamos que nuestra disciplina se construye en torno a la finalidad de tutelar al trabajador, como lo indica el principio protector, y por el otro, la misma incluye entre sus institutos centrales el despido, es decir una potestad (la rescisión unilateral de un contrato) desconocida en el derecho común. Sería inimaginable un contrato de arrendamiento que reservara para el propietario el derecho a la rescisión unilateral del mismo; bien, en el contrato de trabajo el empleador –es decir, precisamente el *contratante fuerte* del vínculo–, tiene esa potestad.

Recordamos que la estabilidad en el empleo se distingue en el derecho comparado en estabilidad absoluta y estabilidad relativa. En la primera existe la prohibición de despedir, y si el empleador despide, el juez puede devolver el trabajador a su puesto de trabajo (se da, por ejemplo, en nuestra Ley N° 17.940 sobre protección del dirigente sindical). La estabilidad relativa se divide a su vez en “propia” (no se devuelve el trabajador al puesto de trabajo, pero se obliga al empleador a pagarle los salarios) e “impropia” (se establece un sistema de indemnizaciones generalmente tarifadas para desestimular el empleador a despedir).

641 TAT 1º, Sent. N° 36 del 6.3.2008, en AJL 2008, c. 468.

642 PLA RODRIGUEZ, Américo, *Curso...* cit., T. II, V 1, p. 246.

643 BARBAGELATA Héctor-Hugo, *Derecho...* cit., T. I, V. 2 cit., pp. 222 y 223.

644 TAT 3º, Sent. N° 52 del 17.2.2006, en AJL 2000, c. 3.

Nuestro sistema jurídico responde a la idea de *estabilidad impropia*, lo que significa que el empleador puede despedir y en tal caso deberá abonar lo que se conoce como indemnización por despido.

Plá Rodríguez expresa que el despido es el acto unilateral por el cual el empleador pone fin al contrato de trabajo. Agrega que, para que esa decisión tenga efecto, debe ser conocida por el trabajador. Por lo tanto, afirma que es un “acto unilateral recepticio”: se exige que llegue a conocimiento del trabajador. Ello es importante para fijar la fecha del despido (que importa a los efectos de la antigüedad, si la mujer está embarazada, o si el trabajador egresó del seguro de enfermedad, etc.). En tal sentido –agrega–, una simple decisión del empleador no comunicada al trabajador es intrascendente.⁶⁴⁵

El autor clasifica distintas modalidades de despido:

- a) *Directo*. El empleador comunica expresamente el despido; puede también comunicarse con hechos (por ej., el retiro de la tarjeta del reloj) o efectuado por el representante del empleador.
- b) *Indirecto*. Hay una violación del contrato de trabajo por parte del empleador, en forma deliberada (por ej., *jus variandi* ilícito) o no deliberada (por ejemplo, atraso en el pago de los salarios provocado por una coyuntura económica adversa).
- c) *Técnico*. Según De Ferrari, es el caso del trabajador que sigue trabajando en una empresa que ha cambiado de dueño.
- d) *Administrativo*. Según Deveali, hay despido administrativo cuando al trabajador se le paga el despido y luego se le cambia de tarea o se cambia el sueldo y sigue trabajando en la misma empresa.⁶⁴⁶

Con posterioridad a la clasificación de Plá Rodríguez, la doctrina elaboró la idea del *Despido* abusivo, entendiendo por tal aquel despido que tiene una causa ilícita contraria a derecho, o que se expresa de forma especialmente discriminatoria o arbitraria. La jurisprudencia ha recibido el planteo de la doctrina y ha establecido estándares de una a tres unidades de despido común (que se suman a éste) en los casos en que el despido sea expresión de un abuso flagrante y notorio del

645 PLA RODRIGUEZ, Américo, *Curso...* cit., T. II, V 1, p. 247.

646 PLA RODRIGUEZ, Américo, *Curso...* cit., T. II, V 1, p. 249 y 250, quien cita a BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *El derecho común sobre el despido y su interpretación jurisprudencial*, Montevideo, 1953, pp. 30 y 31, DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de Derecho del trabajo*, T. II, Montevideo 1962, pp. 450 y ss. y DEVEALI, Mario, “La antigüedad en el empleo” en *rev. argentina Derecho del Trabajo*, 1945, p. 7

derecho a despedir que nuestro ordenamiento legal laboral otorga al patrono.

La decisión del empleador de poner fin al contrato de trabajo le genera la carga de abonar una indemnización al trabajador. Nuestro derecho optó en el año 1944 por un régimen de una indemnización tarifada, que no ha tenido modificaciones importantes en el tiempo y que vinculó la medición de la misma con dos elementos: el monto de la retribución del trabajador y la antigüedad del mismo, aunque topeada en un máximo de seis mensualidades o jornales equivalentes.⁶⁴⁷

5. LA INCONDUCTA DEL TRABAJADOR

La normativa uruguaya reconoce al empleador el derecho a rescindir el contrato de trabajo sin pago de indemnización en el caso en que el trabajador haya incurrido en una “notoria mala conducta”. La expresión –si bien nunca ha sido legalmente definida– tiene antiguo origen, puesto que ya la encontramos en el art. 158 del Código de Comercio, que expresa: “No estando determinado el plazo de empeño que contrajeran los factores o dependientes con sus principales, puede cualquiera de los contrayentes darlo por acabado avisando a la otra parte de su resolución con un mes de anticipación. El factor o dependiente despedido tendrá derecho, excepto en los casos de notoria mala conducta, al salario correspondiente a ese mes; pero el principal no estaría obligado a conservarlo en su establecimiento ni en el ejercicio de sus funciones”.

Posteriormente, la Ley N° 10489 de 6.VI.2944, que crea el régimen de despido tarifado para los trabajadores mensuales, expresa al final de su art. 4 que “los beneficios de este artículo no alcanzan a los obreros y empleados que sean despedidos por notoria mala conducta”. La extensión posterior del régimen (Leyes N° 10542 de 20.X.1944 y 10.570 de 15.XII.1944) a los obreros, destajistas y jornaleros significó también extender la exigencia de la *notoria mala conducta* a estos trabajadores.

Importa también recordar el art. 10 de la Ley N°. 12.597 de 20.XI. 1958, que expresa: “Todo trabajador que fuera despedido por notoria mala conducta, no tendrá derecho a indemnización por despido. El empleador deberá probar los hechos constitutivos de la notoria mala conducta”. La norma confirma la idea que la notoria mala conducta es una excepción y, por lo tanto, debe ser probada por quien la invoca, es decir el empleador.

647 Ver Cap. XXXVII.

Barbagelata expresa que por notoria mala conducta debe entenderse “la que independientemente de toda otra consideración, pone en crisis la relación de trabajo por culpa del trabajador. Esta crisis puede ser consecuencia de un clima provocado por pequeñas faltas frecuentemente reiteradas o puede ocurrir de golpe por la incursión de una falta de excepcional gravedad. La mala conducta a que se refiere la ley es pues una mala conducta especial que se concreta en una o varias faltas del trabajador según la entidad de éstas”.⁶⁴⁸

Por su parte, De Ferrari expresa que la ley no se refiere a la simple mala conducta, sino a una mala conducta calificada. Agrega que “ha de tener el mal comportamiento del trabajador cierta notoriedad o evidencia, es decir, debe tratarse siempre de una mala conducta respecto de la cual no puedan existir opiniones encontradas. Por consiguiente, el trabajador pierde el derecho a la indemnización solamente en casos excepcionales, frente a hechos graves o simplemente reiterados de inconducta, porque la gravedad del hecho, da notoriedad, del mismo modo que la reiteración de ciertas faltas de escasa monta, terminan por hacer también notoria la inconducta del trabajador”⁶⁴⁹. Importa destacar que la Suprema Corte de Justicia recogió el concepto de De Ferrari en Sent. N° 165 de 17.8.1998.⁶⁵⁰

Como ha expresado el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er Turno, “la existencia de la notoria mala conducta pone en tensión dos intereses fundamentales; por un lado el derecho al trabajo y por el otro el cumplimiento de las obligaciones que están ínsitas en el contrato de trabajo como de cargo del trabajador. Para el trabajador el contrato de trabajo prevé una serie de obligaciones a ser respetadas, cuyo incumplimiento puede determinar la pérdida del trabajo y la consiguiente indemnización, si los mismos adquieren una envergadura tal que deba añadirse a la propia pérdida del empleo una nueva sanción. La gravedad de la sanción requiere como contracara la gravedad del accionar, puesto que si no se verifica, el trabajador podrá obtener la indemnización que la ley prevé. La inconducta y su gravedad son carga de la prueba de la empresa que las alega y la apreciación de la entidad queda sujeta a la decisión judicial”.⁶⁵¹

La expresión emplea el adjetivo de “notorio”, lo que ha sido interpretado por la doctrina como sinónimo de evidente, indiscutible y no necesariamente público. En tal sentido, Plá Rodríguez, con su

648 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *Derecho...* cit., T. I, Vol. 2 cit., p. 273 y 274.

649 DE FERRARI, Francisco, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Montevideo, 1962, p. 551.

650 AJL 1998, c. 634.

651 TAT 1°, Sent. N° 165 de 24.6.2009, en AJL 2009, c. 382.

proverbial claridad, explica que “la expresión *notoria* que integra la frase elegida por el legislador no tiene el sentido procesal y adjetivo de cosa pública, que hace innecesaria su prueba, sino el sentido sustantivo de evidente e indiscutible”.⁶⁵²

Por su parte, Barbagelata expresa que “la calificación de la *mala conducta* queda, en último término, librada al criterio del Juez y la medida para reconocer o negar el derecho a indemnización, es la *notoriedad*... La ley, al calificar como *notoria* a la mala conducta, quiso referirse fundamentalmente a una mala conducta *evidente*, que no deja lugar a dudas sobre su calidad y sobre la justificación del despido”.⁶⁵³

Por lo tanto, en nuestro derecho, y a diferencia de otras legislaciones, no existe un régimen de justas causas de despido concretamente individualizadas, y será necesario en cada caso determinar si determinada conducta encuadra en el concepto legal.

Los hechos constitutivos de la notoria mala conducta –indica Plá Rodríguez– deben tener determinadas características:

1. Deben ser voluntarios e imputables al trabajador (no es voluntaria, por ejemplo, la embriaguez que se produce por pegamentos tóxicos en el lugar de trabajo). El Tribunal de Apelaciones de 2º Turno ha recordado que “los hechos –para merecer tal calificativo (de notoria mala conducta)– deben reunir las siguientes características. Deben ser hechos voluntarios, de los cuales pueda ser responsabilizado el trabajador”.⁶⁵⁴
2. Relacionados con la actividad laboral (o en el desempeño del trabajo o que repercuten en él). Excepcionalmente pueden ser hechos de la vida privada del trabajador (ejemplo, cajero que todas las noches juega en el Casino).
3. Deben tener una gravedad tal de imposibilitar la continuación del contrato. La jurisprudencia dice que debe “poner en crisis el contrato de trabajo”.
4. Con relación al número, la conducta puede resultar de un solo hecho suficientemente grave (por ejemplo, un trabajador roba en la empresa o agrede físicamente a un superior), o producirse por la reiteración de varios hechos en sí no gravísimos (por ejemplo, reiteración de llegadas tardes), pero cuya continuidad y progresividad definan la notoriedad de la inconducta.
5. La apreciación siempre debe ser efectuada por el Juez quien, apreciada la prueba, determina si resulta probada la eximente o, en

652 PLA RODRIGUEZ, Américo, *Curso...* cit., T. II, V 1, p. 271.

653 Ídem

654 TAT 1º, Sent. N° 278 de 18.11.2009, en AJL 2009, c. 385

caso contrario, mandará abonar al empleador la correspondiente indemnización por despido.

6. Deberán tenerse en cuenta a la hora de apreciar la inconducta diversos elementos como los antecedentes del trabajador, su antigüedad, su nivel cultural, etc.⁶⁵⁵. Barbagelata señala que “la apreciación de la conducta debe cumplirse teniendo en cuenta factores de índole diversa y que se encuentran dosificados y combinados en forma siempre distinta. Así, es necesario pesar la antigüedad en el empleo, la categoría laboral, los comportamientos anteriores, la disciplina del establecimiento, la existencia o inexistencia de reglamento interno, los móviles o causas de las faltas imputadas, etc.”.⁶⁵⁶

Importa también señalar –en aplicación de criterios relativos al ejercicio del poder disciplinario– que los hechos constitutivos de la notoria mala conducta no debieron ser tolerados con anterioridad por el empleador. La tolerancia desactiva la gravedad de la inconducta y será deber del empleador, para el caso que decida no tolerar más determinadas actitudes, comunicarlas al personal, expresando que a partir de tal fecha no se tolerarán más esas conductas. En tal sentido, el Tribunal de Apelaciones de 3er Turno ha expresado que “el actor desarrolló conductas inadecuadas, lo que se fue tolerando en el tiempo y como consecuencia agravándose. Nunca fue sancionado, ni siquiera surge que fuere observado. Con ello fue quizás, desarrollando esas actitudes que indudablemente traspasaban el vínculo laboral y también el de amistad de que gozaba con el dueño del establecimiento; se perdió la línea por donde transitar y de ahí a las discusiones de subido tono y reacciones desajustadas hay un solo un paso, que no se tardó en cumplir, y finalmente determinó la quiebra del vínculo laboral por despido. La ausencia de límites, la inexistencia de sanciones anteriores, tratándose el despido de la sanción más grave y última a la que debe recurrirse en el contrato de trabajo, (justifica que) producido el mismo en las condiciones antes analizadas, se debe abonar la IPD correspondiente”.⁶⁵⁷

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º Turno resume algunos de estos aspectos al expresar: “Para la conformación de la eximente (de notoria mala conducta) se requiere la ocurrencia de hechos graves que hagan imposible la continuación de la relación laboral, ya sea por

655 PLA RODRIGUEZ, Américo, *Curso...* cit., T. II, V 1, p. 270 y 271.

656 BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *Panorama de la Legislación del Trabajo*, Montevideo, 1953, p. 164.

657 TAT 3º, Sent. N° 20 de 4.3.2019. c. 396.

ilícitos cometidos, indisciplina extrema o sucesión de hechos que por su progresividad marquen la voluntad del trabajador de no enmendarse. Deben por lo general tratarse de hechos reiterados en el tiempo que hayan merecido observaciones o sanciones por parte del patrono, o en defecto de un solo hecho por de extrema gravedad”. Y la misma sentencia acota que la pérdida de confianza por parte del empleador no es una eximente del despido: “Los hechos que pudieron merecer la pérdida de confianza del empleador, no tienen por qué coincidir con la notoria mala conducta, pudiendo en tales casos despedirse, pero debiendo pagarse la indemnización tarifada correspondiente”.⁶⁵⁸

La enumeración de las hipótesis de notoria mala conducta es amplísima y a vía de ejemplo indiquemos algunas de ellas, según lo consignan los Anuarios de Jurisprudencia Laboral: faltante de dinero, acoso sexual, agresión a un superior, retiro de mercadería no autorizada de la empresa, ebriedad en horas de trabajo, competencia desleal, riñas, destrato hacia el jefe, llegadas tardes, falta de rendimiento intencional, adulteración de documentación, ausentarse del trabajo sin autorización, dañar la imagen de la empresa, etc. Obviamente en cada caso deberán analizarse la hipótesis, para definir su gravedad a la luz de los hechos ocurridos, su eventual reiteración y los antecedentes del trabajador.

Recordemos que las nuevas tecnologías de la comunicación y la información (v.g., Internet) abren un espacio virtual en el que se debate cada vez la posible existencia de inconductas laborales. Así, por ejemplo, para el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3er Turno constituye un caso de notoria mala conducta, que legitima el despido sin indemnización, “el envío (por parte del trabajador) al personal de la empresa de un mensaje con contenido de sexo explícito a través de correo electrónico utilizando el actor los medios informáticos del empleador en horario de trabajo”. La sentencia agrega que “el error, la involuntariedad, su falta de intencionalidad, no desdibuja responsabilidad a su autor, en tanto la notoria mala conducta no requiere para su configuración dolo (resultado ajustado a la intención), siendo posible incurrir en la inconducta a título de culpa”⁶⁵⁹. En el caso planteado, se produjo, en opinión del Tribunal, un uso inadecuado del correo electrónico, que no invade la esfera privada del trabajador que envió el mensaje. En realidad fue el propio trabajador que utilizó el correo electrónico para promover un quehacer, que bien puede ser calificado de inconducta, porque el mensaje no solo era enviado por el servidor de la empresa, identificándose la casilla de correo con el nominativo de la empresa, sino porque además significaba una

658 TAT 3°, Sent. N° 185 de 11.5.2009. c. 387.

659 TAT 3°, Sentencia N° 425 de 16.10.2002, en AJL 2002, c. 454.

invasión no solicitada con material de contenido erótico o pornográfico en los correos de otros sujetos. Por su parte, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno ha expresado que en el caso de un funcionario que ocupaba un cargo importante y “dispuso en el tiempo de su labor, de la conexión a Internet de la empleadora para acceder en forma más que asidua a páginas pornográficas, lo que se acredita en forma clara con los registros agregados en autos”, se configuró notoria mala conducta, porque “utilizó el tiempo de trabajo para esa actividad en perjuicio de la empresa que costeara el servicio y distrayendo el tiempo de dedicación a las tareas que debía prestar a su empleadora”. Y el Tribunal agrega: “El actuar de la demandada (nota: haber dispuesto el registro de la computadora) fue legítimo y para nada puede dar lugar a lo pretendido por el recurrente (trabajador)”.⁶⁶⁰

En definitiva, y como indica Font Bertinat, “la riqueza infinita de los casos prácticos (sobre notoria mala conducta) hace que permanentemente le sea necesario a los jueces estar encontrando límites y contenidos a dicho concepto, en una elaboración necesariamente casuística. Y ello es así porque siempre, y en última instancia, será el criterio del Juez el que determinará si se ha configurado o no la notoria mala conducta. Y jugarán en dicha determinación una multiplicidad de factores, cuya combinación puede resultar siempre, o muchas veces, diferente, o que hace imposible establecer un catálogo de situaciones con soluciones correlativas”.⁶⁶¹

Por último, corresponde indicar las consecuencias que trae aparejada la notoria mala conducta para el trabajador:

1. La principal y más grave de ellas, es que el empleador –como se dijo– pierde la indemnización por despido que acompaña normalmente la extinción del contrato por decisión del empleador.
2. Pierde, además, el aguinaldo o sueldo anual complementario. En efecto, el art.3 de la Ley 12.840 de 22.XII.1960 reconoce el derecho al cobro del aguinaldo generado al momento de la finalización de la relación laboral, sea por renuncia, jubilación o despido, *salvo en casa de notoria mala conducta*.
3. El trabajador también pierde el derecho a acogerse al seguro de desempleo paro. Es el art. 4 del Decreto-Ley 15.180 de 20.VIII.1981, que –al establecer las “exclusiones” al derecho de

660 TAT 2º, Sentencia N° 399 del 22.12.2010, en AJL 2010, c 418.

661 FONT BERTINAT, Bismark, “Notoria Mala Conducta”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* N° 6 (*Tendencias actuales en la jurisprudencia laboral*), Montevideo, 1988, p. 101

percibir el subsidio por desempleo– incluye la situación de “los que fuesen despedidos o suspendidos por razones disciplinarias de acuerdo a lo que determina la reglamentación”. La norma en este caso no habla de notoria mala conducta, pero es evidente que por *razones disciplinarias* puede incluirse inconductas que no alcance el grado de evidencia de la notoria mala conducta. Señalemos que el Decreto 14/982 de 19.I.1982 en su art. 9 enumera a modo de ejemplo una lista de inconductas que privan de la percepción del seguro.

5. CONCLUSIONES

La cuestión de la terminación del contrato de trabajo sigue siendo uno de los puntos neurálgicos del Derecho del trabajo. A fines del siglo XX, la desregulación de la contratación laboral y del despido planteaba una “flexibilidad de salida” con la finalidad de dotar al empleador de mayor libertad para poder poner fin a la contratación. Hoy, si bien la situación se ha revertido en parte (especialmente en países que han elegido reforzar las tutelas sindicales y laborales, como es el caso uruguayo), siguen existiendo expresiones importantes de precarización del empleo, que se caracterizan, entre otras cosas, por escasa o nula estabilidad laboral (como es el caso de formas de trabajo semi independientes). Es por lo tanto necesario reafirmar que la cuestión de la tutela del trabajador ante la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador constituye –hoy como ayer– una de las razones de ser del Derecho laboral.

EL IRRESISTIBLE ASCENSO DE LA LICENCIA PARA DESPEDIR ⁶⁶²

Umberto Romagnoli⁶⁶³

SUMARIO

1. Una resolutive heterogénesis de los fines. 2. Evocando el pasado, se habla del presente.

1. UNA RESOLUTIVA HETEROGÉNESIS DE LOS FINES

Visto el éxito de estima que el derecho del trabajo se ganó en el curso del siglo XX, no se equivocan los muchos que lo juzgan como “el” derecho del siglo. Por eso, produce una cierta impresión el que no habría podido siquiera ver la luz si hubiesen funcionado en manera menos permisiva los aparatos públicos de control, coetáneos al advenimiento de la edad industrial. La industria, de hecho, tenía necesidad de procurarse mano de obra a tiempo indefinido, pero la modalidad era jurídicamente inadmisibile.

En imitación del artículo 1780 del *code civil* napoleónico, el artículo 1628 del código civil italiano de 1865 demonizaba el contrato que obligara al individuo a trabajar durante toda la vida al servicio de alguien, porque lo identificaba como un atentado a la libertad personal del obligado. De hecho, para resguardar los principios-guía de la revolución francesa, en países que se estaban abriendo a la modernización, los codificadores formularon la prohibición de instaurar relaciones de trabajo dependiente sin un plazo prefijado, y sancionaron la violación que los

662 Traducción de Daniela Marzi, profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valparaíso.

663 Emérito de la Universidad de Bologna.

más descuidados, o los más desbandados, entre los contemporáneos, habrían podido cometer con el más perentorio automatismo que un código civil pueda prever: la nulidad del contrato completo, con la consiguiente exoneración de la responsabilidad por los daños causados por la voluntaria y unilateral cesación de la relación.

Son suficientes estas pocas pinceladas introductorias para darse cuenta de que la buena reputación del derecho del trabajo se liga al compartir general del pensamiento acerca de la ilegalidad de su origen; además, es necesario apurarse en agregar a la obstinada voluntad de los comunes mortales de aligerar los pesados costos sociales y transformar en una oportunidad lo que los legisladores consideraban una desgracia. En realidad, sin el aporte de la contratación colectiva, el conjunto de garantías que caracterizará al trabajo hegemónico del siglo XX, habría tardado -no podemos saber cuánto- en traducirse a una tipología contractual codificada. Siendo una fuente regulativa de relaciones en serie que imitaban las formas expresivas y la misma sustancia de ley, el contrato colectivo estipulado por representaciones de base voluntaria respecto de sus destinatarios organizará, de hecho, la base de consenso del que estaba privado un orden social que los individuos, no pudiendo elegirlo ni refutarlo, *uti singuli*⁶⁶⁴ podían solamente soportar y metabolizar. Es como si sobre el minúsculo *corpus* de reglas del trabajo dependiente que en precedencia había caminado con las débiles piernas de la autonomía privada-individual, hubiese despuntado una cabeza para pensar. Que de hecho pensará. Incluso en grande, ocupándose tanto del salario o del horario de trabajo como del modo de civilizar el ordenamiento jerárquico-piramidal de la fábrica, donde el obstáculo principal a superar era (y seguirá siendo) el anómalo cúmulo de roles de acusador-juez-parte lesionada en las manos del *homme d'argent*⁶⁶⁵ en calidad de detentador del poder disciplinario.⁶⁶⁶

En cualquier caso, por iluminista que fuera, la prohibición fue desde el principio una medida de orden público socialmente apreciable, porque el contrato de trabajo a tiempo indefinido prefiguraba un modelo de relaciones lejano a la *forma mentis*⁶⁶⁷ y a las costumbres de generaciones de artesanos cuya memoria colectiva los predisponía a idealizar el trabajo libre-profesional con sus miserias, pero también con sus pequeños privilegios y los *status symbol* que hacían de esta categoría de productores

664 Considerados individualmente. N. de la T.

665 Esta expresión "hombre de dinero", puede significar dependiendo del contexto "negociante sin escrúpulos" o especulador, N. de la T.

666 BAYLOS A.-PÉREZ REY J., *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta: Madrid, 2009.

667 Forma mental o manera de pensar. N. de la T.

la élite de la pobreza laboriosa⁶⁶⁸. El mismo Ludovico Barassi, que en general es considerado el padre putativo del derecho del trabajo italiano, estaba al corriente de la hostilidad suscitada por la perspectiva de trabajar sometido a un patrón. Y lo justificaba con tonos empáticos. “La distinción entre trabajo autónomo y subordinado”, escribía, “está demasiado radicada en la naturaleza humana como para que vaya a desaparecer”. Por esto, soñaba una política del derecho que contuviera el proceso de desarraigo social provocado por la industrialización mediante apoyo a los pequeños emprendedores diseminados en los valles y en los centros urbanos, en donde prosperaba el artesanado también en la forma de trabajo a domicilio. “Es indudable que el legislador deba lo más que pueda favorecer el ámbito del paso al trabajo autónomo” y, por su parte, el juez interpelado a dirimir una controversia sobre la exacta clasificación de una relación de intercambio entre trabajo y retribución, “propender al trabajo autónomo cuando las condiciones personales, sociales y patrimoniales del trabajador hagan pensar que él está en condiciones de dominar los riesgos de la organización de su propio *hacer*. (...) Entiendo que por esta vía se llegará, en la duda, a presumir que el trabajador renuncia a la compensación, si el resultado no es obtenido, pero no me asusto por las consecuencias (...). Las ventajas de la autonomía compensarán con usura la posibilidad del riesgo (...), porque es notorio que se trabaja más a gusto por cuenta propia que bajo dependencia ajena”.⁶⁶⁹

Sin embargo, puede considerarse que a caballo entre el fin del siglo XIX y el inicio del siglo XX la expectativa de la larga duración de la relación de trabajo no sea más interpretable como un síndrome de la refeudalización de sociedades llenas de sombras y fantasmas. En lo demás, es realista preguntarse si el *homme de travail* que la industria alejaba de los campos o de las bodegas artesanas haya tenido en serio la posibilidad de probar el sabor de la libertad que le había sido prometida. Llamado por eventos memorables a creer que dependiera solamente de él elegir entre vínculos feudales de *status* que lo clavaban en las condiciones materiales en las que le había tocado nacer, estaba al mismo tiempo asustado. Es verdad que el código civil le hablaba de la valencia progresista del haberse transformado en un sujeto que puede ser vinculado solamente a lo que ha libremente ha querido y le contaba que sería el exclusivo *dominus* de su persona y de su libertad; una libertad que se materializaba a través de un contrato que tenía la virtud

668 ROMAGNOLI, U., *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino: Bologna, 1995.

669 *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Soc. Ed. It.: Milán, II edición, 1915, págs. 631,636-694, 700-701.

de instituir una relación paritaria. Pero la familiaridad de la concepción servil del trabajo interiorizada succionando la leche materna lo inclinaba al pesimismo; un poco porque la adquisición de la libertad se pagaba en lo inmediato con la renuncia a la seguridad existencial (poca o mucha que fuese) que le concedía el *patronus* y un poco porque temía que la libertad contractual se derramaría en su opuesto, y el contrato se volvería el instrumento técnico para legitimar también la más brutal sumisión de un hombre a otro hombre. Después de todo, en un sistema capitalista la subalternidad del trabajador no es solamente sinónimo de falta de autogestión de la actividad deducida en el contrato. En efecto, una vez experimentado cómo el despido para él fuese siempre un drama, mientras para el *homme d'argent* podía ser solamente un capricho, tarde o temprano debía suceder que el *homme de travail* pusiese en la cima de sus pensamientos la búsqueda no tanto de una válida alternativa al trabajo dependiente, sino más bien mecanismos que garantizaran la conservación a falta de justificado motivo de ruptura de la relación. De hecho, precisamente porque estaba afectado por la nulidad absoluta por contraste con una norma imperativa, ese contrato no producía efectos vinculantes para ninguna de las partes y, por tanto, cada una de ellas podía revocar el consenso cuando quería, con la sola rémora del preaviso. Por esto, pese a ser privilegiado por el legislador, el interés del trabajador a la temporalidad de la relación estaba destinado a achicarse, mientras estaba predestinado a adquirir la prioridad el interés de la continuidad del rédito y la tendencial seguridad del mañana. Trasladándose, el acento no caía más sobre la transgresión de la prevalente práctica contractual de la contratación *sine die*⁶⁷⁰, sino sobre cómo reducir las desventajas y/o en recabar ventajas. Como decir que el trauma de no poder trabajar sino a las dependencias ajenas sobre la base de un vínculo consensual de tracto sucesivo virtualmente perpetua se redimensiona hasta empalidecer en presencia de aquél de ser despedido *ad nutum*. La verdad es que los comunes mortales empiezan a entender que la verdadera lesión de la dignidad de la persona es provocada no tanto por la indeterminación de la duración de la obligación contractual de trabajar subordinadamente, sino más bien por la muerte prematura e inmotivada del contrato.

Así pues, la prohibición que se proponía para garantizar la libertad entendida como medio de emancipación y rescate de estos últimos había nacido con los días contados, aun cuando sea por razones que no comparten nada con las que indujeron a los codificadores a formularla. Ellos la introdujeron porque estaban comprensiblemente preocupados por la genética mutación de la sociedad de castas en una sociedad

670 Alocución latina que significa “sin plazo”, N. de la T.

contractual dinamizada por las pulsiones del individualismo económico (es el salto *from status to contract* al que alude la célebre fórmula de Henry S. Maine), que habría suscitado sentimientos de frustración en los ex artesanos concentrados en las manufacturas y encontrado la resistencia pasiva de los súbditos más recalcitrantes ante la perspectiva de asumir la responsabilidad por sus propias elecciones. No, no es por esto que el balance de la experiencia aplicativa de la prohibición fue fallida. El hecho es que la norma del código restó, víctima de una heterogénesis, de los fines que le alteraba su horizonte de sentido. No solo no ha resistido a la revuelta de los hechos, dejándose envolver por la práctica de las contrataciones *sine die* de los trabajadores, necesarios para la naciente industria, con sus lógicas organizativas pensadas para la proyectación y gestión de macro-estructuras estables de la producción masificada y estandarizada, con cuya racionalidad material era incompatible la presencia de una mano de obra recolectora y fluctuante. Adicionalmente, la norma produjo un efecto-boomerang. De hecho, la interpretación dominante de la norma ha terminado por reescribirla, dándole el pretexto para introducir el principio de la libre resolución de los contratos indefinidos, que la dogmática construirá como categoría conceptualmente unitaria en contraposición con el principio codificado para el que, salvo que la ley disponga de otro modo, los contratos se deshacen mediante resolución judicial por incumplimiento. Eso pudo suceder porque la cultura jurídica de la época –que asistía atónita y sin chistar ante el desborde de las contrataciones *sine die*– parificó sin titubeo alguno la libertad personal del *homme de travail* a la libertad económica del *homme d'argent* en cuyas dependencias trabajaba, considerando que la manera más eficaz para protegerla fuese la de juzgarlas a ambas idóneas para motivar la elección discrecional de extinguir la relación. Como decir que ni siquiera se asomó la duda que la de despedir fuese, en vez de un poder a procedimentalizar y limitar, un derecho. Un derecho, punto y basta.

*Ius receptum*⁶⁷¹ era, de hecho, la opinión de que el “contrato de trabajo se entiende estipulado *cum voluero*⁶⁷² por ambas partes y es la voluntad de cada una de ellas la que determina la caducidad final”. “Todos saben que basta la voluntad unilateral temperada a lo más por la obligación del preaviso para poner fin en cualquier momento a la existencia de la relación”⁶⁷³. Todos lo saben. Pero no dicen que el permiso para despedir es el botón de un hurto doctrinal.

671 Derecho en vigor, N. de la T.

672 “A arbitrio o cuando quieran las partes”, N. de la T.

673 CARNELUTTI, F., *Il diritto di sciopero e il contratto di lavoro*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1907, pag. 88.

Cierto es que los mismo códigos del siglo XVIII ofrecen un sólido pretexto textual allí donde admiten el libre desistimiento del arriendo de inmuebles de uso habitacional estipulado “sin determinación de tiempo”. Pero, no basta afirmar que el despido no es otra cosa que el desistimiento del arriendo de cosas aplicada por analogía. El intérprete cauteloso siente el deber de dar una explicación convincente sobre el hecho de que se pueda quedar sin trabajo con la misma facilidad con la que se pueda quedar sin casa. “¿Pero el que el legislador solo se haya expresado para el arriendo de cosas qué importa?”, se pregunta entonces Ludovico Barassi. “El espíritu que anima a la ley es único: la aversión a los vínculos que atascan la comercialidad (es decir, la circulación) de los factores económicos”; en el caso en cuestión, “éstos consisten en el capital y en el trabajo”⁶⁷⁴. La intuición era perspicua. Ella, sin embargo, resulta sobrepasada por el peso preponderante asignado por el escritor de la naturaleza fiduciaria de la relación de trabajo, de tal forma que a final de cuentas parece que, según él, es allí donde se encuentra la razón fundante de la resolución *ad nutum*. Tocará a Francesco Carnelutti, oportunamente aislada la argumentación para valorizar el respiro sistemático que no tenía, identificar el fundamento de la resolución no sindicable a la temporalidad de las relaciones de tracto sucesivo⁶⁷⁵. Destinada a “ejercer una influencia vasta y duradera”⁶⁷⁶, silencia a todos los operadores jurídicos y hasta a los autores de las más importantes monografías sobre la resolución de la relación de trabajo publicadas en Italia en la segunda pos guerra⁶⁷⁷, consideran que la puntualización interpretativa marca el pasaje “de la prehistoria a la historia” en la evolución doctrinal de la naturaleza jurídica de la institución jurídica. Como decir que, llegados sobre el umbral de aquel espacio vacío de derecho, que el jurista ve abrirse totalmente ante sí, de vez en cuando se determina la escisión entre vieja ley y necesidades nuevas, los juristas de la época no fueron más allá de la estéril denuncia en cuanto a que era contradictorio interpretar una disposición “entendida exclusivamente para garantizar la libertad personal de quien trabaja en modo que se retuerza en su perjuicio”; “quien se hacer servir no sirve”; “*ergo*”, observan algunos, “la ley no está escrita para él”. La objeción era juiciosa. Pero la voz discordante era ampliamente minoritaria, y al final se perdió hasta su recuerdo.

674 *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Soc. Ed. It.: Milán, 1901, pág. 70.

675 Carnelutti, F., *Del licenziamento nella locazione di opere a tempo indeterminato*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1911, pág. 399 ss.

676 FERGOLA, P., *La teoría del recesso e il rapporto di lavoro*, Giuffrè: Milán, 1985, pág. 180.

677 MANCINI., G. F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milán, 1962 y Nápoles, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli: Milán, 1979.

Viceversa, la sensatez de la objeción habría debido alertar a los intérpretes de los códigos del siglo XIX, orientándolos en una dirección que los llevase a favorecer soluciones más equilibradas. La disposición normativa, de hecho, se proponía de verdad proteger el interés en la temporalidad de la relación desde el lado del trabajador. Puesto que solo él ponía en juego su libertad personal, solamente suya podía ser la legítima exigencia de disponer libremente sobre la permanencia de la relación obligatoria; la misma disposición pero, como ya he anticipado, tenía el inconveniente de estar formulada de manera técnicamente torpe. Dado que la relación que un contrato viciado por la nulidad insanable está en condiciones de instituir es solo material, su ruptura no hace surgir la obligación de resarcir los daños infligidos a ninguna de las partes.

No obstante, el efecto boomerang podía ser evitado optando por la manipulación interpretativa del enunciado legislativo que ofreciera una diversa lectura, más adherente a la *ratio*. En efecto, para respetar el principio de la temporalidad de la relación de trabajo no es siquiera necesario atribuir a ambas partes un derecho de resolución unilateral; es necesario, y también suficiente, reconocerlo a la parte en cuyo favor el principio ha sido formulado. Por tanto, en una estación en la que, a causa sea de la contumacia del legislador o de la fragilidad de la negociación colectiva, el decisionismo equitativo de los jueces hacía ley en la materia⁶⁷⁸, no habría parecido extravagante una solución compromisoria del tipo de la que será adoptada con empírico ingenio por el código civil italiano, entrado en vigor en 1942. Ella preveía que, si se hubiese pactado una duración del contrato superior a un cierto número de años (cinco o diez, establecía el último inciso de ya superado art. 2097 c.c. it.), sin perjuicio de que para la duración convenida la relación era irresoluble

678 Sobre el tema volví en forma reciente con *L'immaginario perbenista nella giurisprudenza del lavoro*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2015, pág. 43 ss. “Yo creo firmemente”, declaraba Carnelutti (*Il diritto di sciopero*, cit., p.99), “que los *proviviri*, mucha más allá que interpretar el derecho positivo actual, deben ir buscando el derecho nuevo, el derecho latente, que se forma día a día en la vida industrial siempre más compleja. Pero no es la misma cosa para un intérprete del derecho positivo, que no puede prever las mutaciones de la ley”. En realidad, la anticipación ya había sido, como sostengo en el texto, y con *placet* de la jurisprudencia y de los juristas-escritores. “Está en derecho”, sentenciaban un gran número de jurados, “la regla que tanto el industrial como el obrero tienen siempre facultad de hacer cesar el arriendo de servicios”, con la sola rémora del preaviso. “Está en derecho”, decían, mas no era verdad. (El diccionario Treccani define “*proviviri*” como personas de particular estima y prestigio por sus capacidades y probada honestidad, que son llamadas a hacer parte de órganos colegiados, entes públicos, asociaciones, partidos, con la tarea de dar pareceres y juzgar el funcionamiento de una institución, ejercitando funciones conciliativas entre partes en conflicto [propr. locuz. lat.: *probi viri* «uomini onesti»]). N. de la T.

por parte de ambos contrayentes, el decurso del plazo mínimo previsto legitimaba la resolución solo del trabajador.

Como sabemos, en cambio, las cosas no anduvieron así, y ello porque con la complicidad de los intérpretes, un fragmento del código se prestaba para actuar de vector para transportar en el ordenamiento el principio de la libre resolución de los contratos a tiempo indefinido. Así, la desafortunada disposición libertaria se ha entregada a la cultura jurídica como el antecedente legislativo de la facultad de despedir. Una facultad que, en presencia de un endémico descarte entre demanda y oferta de trabajo, transforma al trabajador dependiente en un moderno *capite deminutus*⁶⁷⁹ y, como sea, dilata desmesuradamente la discrecionalidad de una autoridad privada libre de resolver el contrato de trabajo o de hacerse justicia para sí, o en base a cálculos de conveniencia económica, si el trabajador no es más útil.

2.- No es un detalle secundario que el contrato de trabajo subordinado a tiempo indefinido fuese irreparablemente *contra legem* y que su término mediante resolución *ad nutum* fuese un parto de la creatividad de los intérpretes. Al contrario, si la clase profesional de los operadores jurídicos hubiese tenido debidamente presente cómo nació la institución a la medida de la cual ha evolucionado el derecho del trabajo, probablemente se ahorraría el infortunio de patrocinar la idea venosa de paternalismo de que ello consista en un conjunto de derogaciones del orden normativo a ventaja de quien está abajo. El origen de una de sus instituciones de importancia estratégica demuestra, más bien, que la transgresión ha jugado a ventaja de quien está en los alto: donde está situado el *homme d'argent*. Como decir que la clase profesional de los operadores jurídicos habría entendido inmediatamente que el derecho, que del trabajo ha tomado convencionalmente el nombre, no ha tomado sino solo en parte también sus razones.

En esta falta de autoconsciencia no logro ver otra cosa que un indicio revelador que la edad industrial llegó sin ser anunciada y es por esto que también la cultura jurídica entró a tontas y a locas, no preparada y desorientada, como testimonia el trayecto que he sumariamente recorrido. Un trayecto que no pertenece a la crónica; es, en cambio, una curva de retorno de la gran historia. De hecho, los acontecimientos hasta aquí reconstruidos deben ser recordados como la brecha que ha consentido el ascenso del capitalismo industrial confiriéndole la crisma de legitimidad jurídica que no podía tener: más exactamente, ella fija el *imprinting* de todo el derecho del trabajo, del que —es más— constituye

679 Sujeto con capacidad disminuida ante el derecho. N. de la T.

inequívocamente la base fundadora.⁶⁸⁰

Como quiere explicar uno de sus expositores destacados, Francesco Carnelutti, la cultura jurídica de la época era “imperturbablemente burguesa” en la amplia medida en que se desinteresaba de los problemas jurídicos del trabajo⁶⁸¹. Yo diría, en cambio, que la cifra de esa cultura jurídica era la total incapacidad de acercarse a la cotidianeidad del desconcierto de los estilos de vida individuales y colectivos producido por la Gran Transformación, para decirlo con Karl Polanyi, sin tener ni darle una representación deformante. Por esto, si es posible definir “burguesa” a una cultura jurídica impasible ante los traumas soportados a causa de la industrialización de los súbditos de un Estado mono-clase, es necesario concluir que del mismo aristocrático desmarque Carnelutti también, que era (y sería) un asiduo estudioso de los problemas jurídicos del trabajo, había dado (y habría de dar) innumerables pruebas. Es una actitud que no podía esconder porque no se daba siquiera cuenta que fuese un elemento constitutivo de su hábito mental. De la misma actitud es un testimonio incontrovertible el célebre ensayo *Energie come oggetto di rapporti giuridici*⁶⁸² y sobre todo el rol de *opinion leader* desarrollado en el asunto que se concluye con la atribución por vía interpretativa de la licencia de despedir. Es, de hecho, la frigididad social que lo lleva a considerar un indiscutible apriorismo la jurídica irrelevancia del diverso valor que las partes del contrato de trabajo anexan a la permanencia de la relación. Solamente una salvífica inmersión en el realismo jurídico podía corregir la propensión a la plácida indiferencia hacia las diferencias. En efecto, sin ofensa para el formalismo jurídico, los textos jurídicos

680 MAZZOTTA O., *Ideologie e tecniche della stabilità*, en *La stabilità come valore e come problema*, al cuidado de Ballestrero M.V., Giappicchelli:Torino, 2007, pag.31 ss.

681 CARNELUTTI F., *Infortuni sul lavoro. Studi*, I, Athenaeum: Roma, 1913, *Introduzione*, pag. XII. Para una diversa interpretación de tal juicio, v. GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè: Milán, 2000, pag. 125 ss., y ROMAGNOLI U., *Francesco Carnelutti, giurista del lavoro*, en *Lav. e Dir.*, 2009, pag.388 ss.

682 “Energías objeto de una relación jurídica” (N. de la T.), en *Riv. Dir. Comm.*, 1913, I, pag. 353 ss. “El obrero que cede hacia el salario sus energías de trabajo quita algo de su patrimonio, como el mercader que vende sus mercancías”. Por tanto, entre contrato de trabajo y venta existe una “identidad estructural”: “la diferencia no está en la cualidad y quizá en el origen del objeto de la prestación” de trabajo: una cosa producida por el cuerpo humano”. En un ambiente cultural influido por la doctrina social de la Iglesia católica y en presencia del *establishment* del mundo económico que no quería enemistarse ni a párrocos ni a papas, una reconstrucción dogmática del género es inaceptable. Carnelutti lo sabe. Está al tanto del fracaso de análogos intentos precedentes. “Sin embargo”, juzga que es “el momento de osar”. Lo que lo apremia es “lograr una interpretación jurídica armónica con el dato económico (y) capaz de ofrecer uan explicación total del trabajo industrial” (PASSANITI P., *Storia del diritto del lavoro*, I, *La questione del contratto di lavoro nell’Italia liberale* (1865-1920), Giuffrè: Milán, 2006, pag.489).

reenvían siempre a algo que está fuera de los mismos y, objeto de la interpretación jurídica, no es nunca solo el texto escrito, sino la relación entre texto escrito y contexto.⁶⁸³

La sola atenuante de la que puede aprovecharse la cultura jurídica de la época es la dificultad de presagiar que la subordinación habría cesado de ser percibida como un desvalor y que la resistencia de la gente común a convencerse de aceptar el contrato de trabajo impuesto por el capitalismo manufacturero se habría convertido en la resistencia a prescindir de él. Es más, especialmente después la adquisición en la segunda mitad del siglo XX del principio de la necesaria justificación del despido asistido por los adecuados disuasorios —y su universalización, en el 2000, con la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea—, al originario carácter socialmente no deseable de aquél esquema de contrato se le ha reemplazado la confianza de no deberse jamás separar de las seguridades que había terminado por dispensar. De otro modo, sería difícil entender por qué crece a la vista de nuestros ojos el número de quienes se preguntan si la percepción difundida por la precariedad como un desvalor (una trampa, un símbolo de la inseguridad existencial) sea suficiente para disuadir al derecho del trabajo de privarse del baricentro representado por su contrato—estándar.

La pregunta se la plantean multitudes de ciudadanos europeos paralizados por el miedo a que los contratos de trabajo *sine die* se estipularán siempre menos.

Es necesario reconocer que, por más que sea sabido que la historia es una maestra sin discípulos, no puede aplacar la angustia el hecho de que lo indeseable socialmente del contrato a tiempo indefinido pudo ralentizar la carrera de volverse la estrella polar del derecho del trabajo negociado en sede sindical, elaborado en sede jurisprudencial, privilegiado en los análisis doctrinales y, al final, legislado. Como sea, incluso si fueran informados, los innumerables contemporáneos que no pueden (o no saben o no quieren aprender a) ganarse la vida honestamente si no trabajando bajo dependencia de terceros, o pudiendo contar sobre conexas garantías de estabilidad ocupacional, seguirían rigidizándose en la defensa de lo existente. De duración variable, el hacerse de roca no tiene nada de malo o patológico. Simplemente, es el enésimo testimonio que la constante evolutiva del derecho del trabajo es la micro discontinuidad, la cual se ha manifestado en las fases en las que el derecho del trabajo se ha sostenido por la lógica concesivo—adquisitiva, *a fortiori* no se interrumpe en los períodos en los que la lógica prevalente es ablativa y recesiva. Es más,

683 LIPARI N., *Il diritto quale crocevia fra le culture*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2015, pag. 12.

precisamente en períodos como éste es que se levantan y se fijan las demandas de *time out* que, bien mirado, es el equivalente del tiempo de adaptación. Por tanto, más o menos como sucede durante la transición hacia la modernidad que parecía interminable, lo que las masas asustadas del día de hoy no soportarían es escuchar que les dicen que se ha dado vuelta la página y que atrás no se volverá. Prefieren escuchar decir que la causa de la precariedad es una desfavorable coyuntura económica y no, en cambio, el fin del trabajo masificado, estandarizado, uniformado.

Ahora, dado que la característica incerteza que acompaña todos los procesos de adaptación es contrastable también en los países de la Unión Europea en los cuales el nacimiento del derecho del trabajo plegó a los respectivos ordenamientos a cohabitar con el terremoto que fue la heterogénesis de los fines respecto de los cuales intenté hacer anatomía, es obvio que sean sus gobernantes los que adviertan más agudamente lo delicado del momento y hacer de todo para contener el pánico al que se aferra la gente cuando sospecha que el futuro será radicalmente diverso del presente, quizás peor y ciertamente lleno de incógnitas. No es por casualidad que los menos maliciosos enganchan equipos de *spin doctor* expertos en los golpes de efecto ilusionístico-mediático, útiles para atemperar el impacto sobre las condiciones de trabajo y de vida del paso del modelo de la organización productiva típica de la economía de escala al de la economía de fin⁶⁸⁴, donde se estima que la estabilidad ocupacional concernirá a “menos de un tercio” de los ocupados en una empresa; en prevalencia, las figuras profesionales de mayor relevancia en los procesos productivos.⁶⁸⁵

El ejemplo (hasta ahora) más reconocido del engañoso parpadeo (o trampa) de Estado proviene de la más reciente legislación italiana.

En primer lugar, el legislador continúa impertérrito calificando como “dominante”, al contrato constitutivo de relaciones de trabajo a tiempo indefinido, desinteresándose de las estadísticas que dicen exactamente lo contrario. Incluso si el legislador no lo sabe ni está interesado en saberlo, la norma que enfatiza el predominio de este tipo contractual tiene el aire de parecerse a la medida de orden público del siglo XIX. La prescripción de ese tiempo, sin embargo, estaba animada por propósitos más apreciables, mientras que la dictada por el legislador italiano del tercer milenio sabe a propaganda, porque atribuye al contrato de trabajo

684 REVELLI M., *Finale di partito*, Einaudi: Turín, 2013.

685 LUCIANO GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza: Roma-Bari, 2007, pag. 109, habla como del “núcleo central” de los llamados recursos humanos sobre los cuales “las empresas invierten porque constituyen su memoria técnica y organizativa, la capacidad de innovación, la lealtad a los valores y a los códigos de cultura empresarial”.

a tiempo indefinido un primado hoy más que nunca disputado por los más variados tipos de contrato.

Con todavía mayor evidencia, la preocupación de asegurar y tranquilizar está a la base de la decisión del gobierno de solicitar al Parlamento la delegación para legiferar con el objeto de introducir en el ordenamiento la figura del contrato de trabajo a tiempo indefinido “a tutelas crecientes”. La cautivante expresión lingüística embellece el viejo *nomen iuris*⁶⁸⁶. Si se ha podido alimentar más curiosidad que aprensión es porque desde hace varios años ha entrado en circulación la idea, de por sí no carente de buen sentido, que con el fin de reducir el costo de las tutelas legales del trabajo podría preverse un crecimiento gradual de las tutelas con la acumulación de antigüedad de servicio hasta lograr la protección plena. Las apreciaciones, sin embargo, eran expresadas en el presupuesto de que el tratamiento de los ocupados actuales fuese el punto de llegada de los neo-contratados. Viceversa, cándido como una paloma y astuto como una serpiente, el legislador delegado ha aclarado que la única tutela destinada a crecer (a ritmo anual de 2 y hasta un máximo de 24 mensualidades) es la indemnidad correspondiente en el caso de despido injustificado; una indemnidad que, de ahora en adelante, prácticamente es el único remedio en el caso de despido ilegítimo, porque la reintegración en el puesto de trabajo será para los neo contratados una sanción del todo eventual y residual. Por tanto, el tratamiento de los ocupados actuales que lo disfrutaban en virtud del art. 18 del estatuto de los trabajadores no será jamás obtenible para los contratados en una época sucesiva a la entrada en vigor del decreto. Por otra parte, la norma que prevé la reintegración del trabajador injustamente despedido está destinada a extinguirse un poco cada vez, paso a paso al tiempo que (los millones de) trabajadores contratados antes de la entrada en vigor de la reforma se vayan de la empresa a la que pertenezcan. Como decir que el art. 18 se disolverá un poco a la vez sin necesidad de abrogarlo y, a esas alturas, la decencia exigiría que la desviante dicción textual fuese suprimida por respeto, si no de los italianos, de la lengua italiana. En todo caso, es verosímil que caerá por sí sola, como una hoja seca que se corta del ramo, porque se habrá finalmente entendido que el producto normativo denominado “contrato a tutelas crecientes” era apetecible sobre todo por las empresas incentivando a adoptarlas por una fuerte, pero temporal, reducción de costos fiscales y contributivos.

De acuerdo, ahora la política es también, y quizá ante todo, comunicación *marketing-oriented*, pero en esta ocasión se ha exagerado.

686 “Denominación jurídica”. N. de la T.

Sería una ingenuidad observar que el desmantelamiento de las tutelas contra el despido ilegítimo contradice la finalidad de asegurar y tranquilizar buscada por las políticas del trabajo del día de hoy en Italia⁶⁸⁷. La contradicción es real, pero corresponde a un riesgo calculado. Dado que una opinión pública, habituada por las impresas a la superficialidad de la información, requerirá tiempo antes de darse cuenta, los gobernantes esperan igualmente echarse al bolsillo algunas ventajas, la principal de las cuales consiste en la promoción de un proceso de reeducación de masa en vista de una normalización social inimaginable sin la abolición de la estabilidad ocupacional. Devenida un poco a la vez en un elemento constitutivo del contrato de trabajo *sine die*, es sobre ella que se construyó la mitología del siglo XX sobre “el puesto fijo”.

Como se ve, cuando se decide evocar el pasado, puede ser que se termine con hablar del presente.

687 ROMAGNOLI U., *La transizione infinita verso la flessibilità “buona”*, en *Lav. e Dir.*, 2013, pag. 155.

ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN SEDE LABORAL

Romina Urzúa Arce⁶⁸⁸

SUMARIO

1. Análisis de las normas que fijan el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en sede laboral. 2. Las normas sobre procedimiento de tutela en la doctrina nacional. 3. Factibilidad del uso de la proporcionalidad en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. 4. Conclusiones.

1. ANÁLISIS DE LAS NORMAS QUE FIJAN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN SEDE LABORAL

Tal como se enunció, el legislador laboral ha creado una herramienta de protección efectiva de derechos fundamentales al interior de la empresa, fijando además un criterio normativo para determinar cuándo una determinada conducta del empleador debe considerarse vulneratoria de los derechos fundamentales del trabajador, expresamente protegidos por el texto legal. Así, el artículo 485 del Código del Ramo, señala:

“El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos

688 Abogada. Licenciada en Derecho y Magister en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.

De esta norma se desprende que los criterios de vulneración de derechos fundamentales son:

- a) Limitación injustificada del ejercicio del derecho fundamental del trabajador, a través del ejercicio de una facultad reconocida por el ordenamiento jurídico laboral al empleador.
- b) Vulneración de un derecho fundamental del trabajador mediante el ejercicio desproporcionado de una facultad reconocida por el ordenamiento jurídico al empleador.
- c) Ejercicio de una facultad reconocida por el ordenamiento jurídico laboral al empleador, que vulnera el contenido esencial del derecho del trabajador⁶⁸⁹.

De lo anterior, podemos concluir que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en sede laboral, establece ciertos supuestos que implican ciertas consecuencias jurídicas, éstos son:

689 La esencia de un derecho es aquello que lo hace reconocible y que impide que degeneren en otra cosa. Por tanto, del concepto anterior se desprende que: (i) un derecho puede estar constituido por una parte no esencial y otra esencial, siendo disponible la primera, por cuanto no afecta aquella parte que hace reconocible al derecho; y (ii) que el órgano llamado a configurar tal limitación es el legislador, por cuanto es el institución competente para materializar o describir una determinada hipótesis normativa, en la medida que tal limitación no implique una afectación a aquel contenido esencial del derecho, luego, el juzgador que pretenda aplicar dicho derecho debidamente limitado a un caso concreto, sólo podrá subsumir la proposición fáctica al tipo legal, debidamente limitado, así, la tarea del juez no será el delimitar el derecho, sino, el comprobar que en los hechos no se haya afectado su contenido. [HENRÍQUEZ, NÚÑEZ, GARRIDO (2015)].

-Los criterios de vulneración de derechos del trabajador implican un actuar dentro de las facultades que el legislador laboral otorga al empleador, afirmación que necesariamente nos lleva a preguntarnos, ¿qué pasa cuando el empleador actúa fuera de las facultades que la ley le confiere? ¿El actuar del empleador fuera de las facultades que la ley le confiere y que vulneran derechos fundamentales del trabajador no puede ser protegido por este procedimiento?

Lo anterior no solo se desprende del tenor literal de la norma, sino del hecho de que este actuar dentro de las facultades legales puede pugnar o conflictuar con el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, y con ello, dicho conflicto de derecho debe ser resuelto de un modo determinado, que es esbozado –aunque de forma confusa– en la misma norma citada.

El hecho de que la norma establezca un actuar dentro de las facultades que la ley le otorga al empleador, implica que es el propio legislador quien presume la legitimidad del fin, y por ello, en caso de que el juez opte por el mecanismo de solución de la proporcionalidad, solo deberá razonar con base en la idoneidad, necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Nuevamente del tenor literal de la norma contenida en el artículo 485 del Código del Trabajo se desprende que las facultades del empleador poseen un reconocimiento legal, y que pugnan con derechos fundamentales del trabajador reconocidos por la ley pero además por la Constitución, ya que el citado artículo reenvía a la Constitución al momento de citar normas jurídicas de rango constitucional, como los derechos expresamente protegidos por el procedimiento de tutela laboral. Lo anterior, ¿no implicaría la comparación de normas o reglas de jerarquía distinta, que en abstracto implicaría que prevaleciera la de jerarquía superior? Es decir, ¿una facultad legal, aun cuando sea justificada, si se entromete en el ámbito de aplicación de una norma de rango constitucional, podría prevalecer ante esta última?

La norma en comento, en virtud de su texto, supone la posibilidad de colisión del ejercicio de los derechos del empleado, con el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador al interior de la empresa. Ello, fundado en la redacción de la norma, la cual indica que habrá vulneración cuando el ejercicio de las facultades del empleador sobrepasen las fronteras del ejercicio de los derechos del trabajador –vulnerándolos con ello–. Es decir, ambos sujetos del contrato de trabajo ejercen derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, pero uno de ellos limita al derecho del otro, siendo tal limitación gravosa por carecer de justificación, desproporción, o porque afecta el contenido esencial del derecho del trabajador, degenerando este último.

El procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales positiviza los mecanismos de solución de conflictos entre normas: razonabilidad⁶⁹⁰—en cuanto se considera como antijurídica o vulneratoria la conducta arbitraria—; proporcionalidad —toda vez que se considera como vulneratoria la conducta desproporcionada—; y esclarecer el contenido esencial del derecho fundamental⁶⁹¹ del trabajador —ello fundado en el texto expreso de la norma en estudio—.

En virtud de lo anterior, el sentido y alcance de la norma citada conlleva consecuencias prácticas, a saber:

- i. Al escriturarse un mecanismo de solución de conflictos entre derechos, se obliga a todos los destinatarios de la norma a la utilización de tales herramientas, principalmente al órgano mandatado a proteger el derecho.
- ii. Si el legislador positivó el mecanismo de solución, ello debe responder a razones de justicia y aseguramiento de que la decisión del Tribunal sea razonable y ajustada a derecho. Ergo, de no cumplirse el mandato legal por parte del Juez, no solo dicha decisión podría devenir en injusta, sino que carecería de un vicio

690 “El origen del principio de razonabilidad se encuentra en el derecho anglosajón, y se vincula al denominado *due process of Law*, que hunde sus raíces en documentos medievales, como la Carta Magna de 1215. En su concepción original implica la idea de que para que los actos de los poderes públicos sean válidos, deben observarse ciertas reglas y procedimientos. Si bien desde sus orígenes el debido proceso se entendió como un principio de carácter más bien procesal o adjetivo, las cosas cambian a partir de la interpretación que de este principio comenzó a hacer la jurisprudencia norteamericana desde finales del siglo XIX” [Martínez Estay, José Ignacio; Zúñiga Urbina, Francisco (2011): “El Principio de Razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales* (año 9 N° 1) pp. 206-207]. Es decir, en Estados Unidos se afirma la vigencia del control de razonabilidad de las normas, lo cual se conoce como la exigencia del *sustantive due process of law*, incluso de aquellas normas que afectan el ejercicio de derechos meramente económicos o de propiedad. En definitiva, se asocia la razonabilidad de la aplicación de la norma a la garantía constitucional del debido proceso sustantivo, la cual se entiende como una garantía constitucional contra la irracionalidad de los actos estatales y la arbitrariedad en el ejercicio del poder [Sapag, Mariano (2008): “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado”, en *Dakaion*. (N° 17, Vol. 22), pp. 163-164]. Del modelo Americano que emplea la razonabilidad como un mecanismo de control de los actos del Estado, se puede establecer que se entiende dicho principio como la aplicación conforme, no arbitraria de las potestades públicas. Ahora bien, a juicio de esta parte y principalmente en virtud de la evolución que ha tenido el principio en cuestión podemos entender que la razonabilidad, en palabras sencillas, es el ejercicio intelectual que permite vislumbrar si un determinado derecho está siendo ejercido, en la práctica, dentro de parámetros legítimos, entendiendo por tales, aquellos supuestos que no vulneran el contenido esencial del derecho.

691 Como ya indicamos en la nota al pie anterior, la esencia de un derecho es aquello que lo hace reconocible y que impide que degenere en otra cosa.

de nulidad, específicamente en el vicio contenido en el artículo 477 del Código del Trabajo, que establece como causal de nulidad aquella sentencia que hubiere sido dictada con infracción de ley que hubiese influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

- iii. El Juez puede optar por uno de los tres mecanismos –digo optar en cuanto el legislador utiliza el ilativo “o” cuando enumera los supuestos de vulneración de derechos fundamentales del trabajador–, pesando sobre él la obligación de fundar su decisión, ello en cumplimiento del artículo 459 N° 5 del Código del Trabajo, que contempla como requisito del contenido de la sentencia: “(...) las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda (...)”.

2. LAS NORMAS SOBRE PROCEDIMIENTO DE TUTELA EN LA DOCTRINA NACIONAL

A las premisas y conclusiones anteriores se arribó de la mera lectura de la norma pertinente; ahora bien, es preciso analizar lo que ha señalado la doctrina laboral nacional en materia de configuración de vulneración de derechos fundamentales del trabajador por actuaciones del empleador y mecanismos de esclarecimiento de dicha vulneración.

Para el profesor José Luis Ugarte⁶⁹², ante la iniciación de un proceso de tutela de derechos fundamentales, el juez debe realizar lo siguiente:

–Inicialmente deberá realizar una operación primaria de determinación de los deslindes del o de los derechos en cuestión, fijando con ello el ámbito protegido. Para tal operación, el citado profesor establece que el juez debe interpretar las normas jurídicas que fijan tales derechos, siendo reglas de interpretación constitucional, entre otros: principio de unidad constitucional –esto es interpretación que respeta la unidad y armonía de todos sus preceptos–; principio de máxima eficacia –debe preferirse las interpretaciones que den la mayor efectividad y utilidad a las normas constitucionales–; principio de la fuerza normativa de la Constitución –las normas constitucionales deben interpretarse para que produzcan efectos jurídicos o vinculantes–; y principio de concordancia práctica –debe buscarse la máxima compatibilidad entre las normas constitucionales evitando interpretaciones que sacrifiquen una norma constitucional a favor de otra–. Ahora bien, también enuncia en su obra “Tutela de derechos fundamentales del trabajador” ciertos

692 UGARTE (2010), pp. 52–86.

principios o cánones de interpretaciones específicos para los derechos fundamentales, esto es: principio pro homine; principio de la posición preferente de los derechos fundamentales; principio de progresividad de los derechos fundamentales o preferencia de interpretaciones normativas que hagan o ayuden a hacer efectiva las disposiciones que tutelan derechos fundamentales del trabajador; e interpretación conforme a la Constitución.

En esta etapa preliminar, el juzgador aún no se enfrenta a una eventual colisión de derechos fundamentales, sino que solo se pretende fijar el ámbito protegido por los derechos que en concreto pueden llegar a conflictuar.

En esa operación de delimitación del derecho protegido se distinguen dos tipos de ámbito de protección del derecho: un ámbito inicial o prima facie, cuya extensión es extensiva y abarca la mayor dimensión posible de posiciones, intereses y facultades del trabajador; y un ámbito efectivamente protegido, esto es el derecho en extenso o inicial que es restringido cuando, eventualmente, colisione con otro bien o derecho constitucional.

-La segunda operación que debe realizar el juzgador es, precisamente, la determinación del ámbito efectivamente protegido por el derecho fundamental, para lo cual, tal como citamos anteriormente, se requiere determinar si el ámbito prima facie del derecho colisiona con otro derecho fundamental; de ser así, el tribunal deberá ponderar ambos derechos para efectos de determinar el ámbito de protección efectivo del derecho. En dicha operación, el autor en análisis adhiere a la teoría externa de los límites de los derechos, citada en el título anterior.

Por tanto, para determinar la colisión de derechos se distinguen tres tipos de conductas del empleador que eventualmente podrían configurar un deslinde hacia los límites del derecho protegido del trabajador; éstas son: (a) una conducta ilícita del empleador, en cuanto no está permitida por el ordenamiento jurídico, en tal caso, no habría colisión de derechos propiamente tal, en cuanto sin justificación alguna dicha conducta vulneraría el derecho fundamental del trabajador; (b) una conducta del empleador dentro de las facultades que le confiere la ley, el contrato o la doctrina, pero que no se encuentra adscrita a una norma constitucional, en tal caso tampoco habría colisión de derechos y con ello no es procedente ponderar bienes jurídicos, puesto que la norma de rango inferior debe ser invalidada frente a una norma de rango superior; (c) que la conducta del empleador dentro de las facultades que le confiere la ley se encuentre adscrita a una norma constitucional –derecho de propiedad o libertad económica–, en tal caso sí habría

colisión de derechos fundamentales y por tanto habrá que ponderar cuál de los derechos en conflictos prevalece respecto del otro. Para realizar esta última operación, metodológicamente habría que aplicar la proporcionalidad, esto es, el test alemán de idoneidad, necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Para Ugarte, el órgano administrativo habría utilizado esta técnica, por ejemplo, al pronunciarse en Dictamen 4541/319 de fecha 22 de septiembre de 1998, en el cual la Dirección del Trabajo efectúa el siguiente análisis respecto del control del tiempo por parte del empleador a los trabajadores durante el uso de servicios higiénicos:

“(...) si bien es cierto el empleador tiene una amplia órbita de facultades para administrar su empresa-amplitud que es correspondiente con los atributos del derecho de propiedad de que es titular-, sin embargo debe tenerse presente que en un Estado de Derecho, el legítimo ejercicio de estas facultades de administración encuentra su justo límite en los derechos y garantías constitucionales que jurídica y valóricamente estén investidas de igual o mayor significación.

En este sentido, al dejar establecido el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República que asegura a todas las personas el respeto y protección o la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia , se fija un límite a las facultades de administración del empleador-las que desde luego no deben interferir ni perturbar el ámbito personal y privado de sus dependientes-lo que a todas luces ocurre al pretender medir el tiempo de permanencia de los trabajadores en los servicios higiénicos.

Por lo demás, desde el punto de vista de la ética laboral y considerando que el Diccionario de la Real Academia Española precisa que el verbo pervertir significa perturbar el orden o estado de las cosas; viciar con malas doctrinas o ejemplos las costumbres, la fe, el gusto, etc. , es evidente que la situación sometida a examen de esta Dirección configura -en este aspecto- una reprochable perversión de la administración de los recursos humanos en la empresa Costa S.A., lo que a su turno puede incidir en la generación de conflictos laborales que es obligación institucional de este Servicio prevenir.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones constitucionales y jurisprudencia administrativa precedentes, cúpleme manifestar a Ud. que resulta jurídicamente improcedente controlar el tiempo que los trabajadores destinan al uso de los servicios higiénicos”.

Por su parte, para el profesor Sergio Gamonal⁶⁹³, el contenido del artículo 485 del Código del Trabajo plasma en plenitud el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios:

693 GAMONAL (2009), pp. 45-51.

-Adecuación. El legislador establece que la medida debe ser idónea para conseguir el fin perseguido por el empleador; en caso contrario, ésta sería arbitraria.

-Necesidad. Es decir, el empleador debe siempre elegir medidas no invasoras de los derechos fundamentales del trabajador, de lo contrario la medida que afecta derechos fundamentales no tiene justificación suficiente –quien suscribe no está de acuerdo con la presente lectura del artículo 485 del Código del Trabajo por el profesor en comento, ya que si la necesidad de la medida se interpreta como la imposibilidad de que el actuar del empleador no afecte el derecho del trabajador, no estaríamos frente a una colisión de derechos fundamentales y la ponderación, en sí misma, no tendría aplicación efectiva, ya que este mecanismo se utiliza ante el supuesto de conflictos de derechos–.

-Proporcionalidad en sentido estricto. Aquí se estima que el límite a los derechos fundamentales debe ser racional tanto respecto del objeto de la medida como en cuanto a sus efectos. La racionalidad respecto del objeto se vincula con el fin perseguido por el contrato de trabajo, en el que la prestación de servicios bajo subordinación no puede alterar derechos fundamentales de una de las partes por el solo objetivo económico del contrato o de la actividad empresarial. La racionalidad en cuanto a los efectos de la medida alude a que no se afecte la esencia del derecho fundamental del trabajador, indicando como esencia de un derecho lo que nuestro Tribunal Constitucional ha entendido por tal, criterio ya citado por esta parte en el acápite pertinente.

En síntesis, el profesor Gamonal esquematiza lo antes dicho en el siguiente recuadro:

ARTÍCULO 485	PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
Justificación suficiente	Necesidad
Medida no arbitraria	Adecuación
Medida desproporcionada	Proporcionalidad en sentido estricto (PSE) racionalidad respecto del objeto
No debe afectarse el contenido esencial del derecho	PSE: racionalidad en cuanto a los efectos
No debe tratarse de una represalia	PSE: racionalidad respecto del objeto

Las teorías antes enunciadas, o la interpretación del artículo 485 del Código del Trabajo que realizan los precitados autores, reflejan la opinión mayoritaria de la doctrina laboral nacional, la cual establece que la determinación sobre la vulneración de derechos fundamentales

del trabajador por parte del empleador, según mandato normativo, debe resolverse mediante la aplicación de la proporcionalidad –ponderación–. Sin perjuicio de ello, el profesor Rodolfo Walter disiente en parte de esta opinión, en cuanto establece que la doctrina dominante parece entender que la forma de afectación de los derechos fundamentales del trabajador es una sola o, al menos, que ellas se pueden reconducir a la infracción del principio de ponderación o proporcionalidad en la adopción de las medidas adoptadas por el empleador. Así, para el autor de la referencia parece evidente que el legislador no ha dispuesto una sola forma de afectación de los derechos fundamentales del trabajador sino cuatro formas de lesión de estos derechos, cada una de las cuales tiene una interpretación y forma de aplicación distinta. De lo contrario, no se explica por qué la norma legal consideró como una de esas formas la limitación “desproporcionada” del derecho fundamental y, a continuación, la adopción de medidas “sin justificación suficiente” o la afectación del “contenido esencial del derecho”. Todas ellas no parecen ser subsumibles homogéneamente en el principio-técnica de la ponderación de los derechos fundamentales –o no en los mismos términos, al menos–, ya que sus contenidos son distintos e impiden su aplicación general. Así, si tomamos el caso del contenido esencial del derecho fundamental, la lesión de éste no se produciría necesariamente por una violación de las reglas de la ponderación, sino por la afectación de la substancia del derecho. En efecto, el contenido esencial del derecho fundamental se identifica con el contenido mínimo, necesario e indisponible de cada derecho.⁶⁹⁴

Respecto de la aplicación de la ponderación, el profesor Walter señala que ésta no operaría como un instrumento general de resolución de controversias entre empleador y trabajador sino como un medio excepcional, utilizable solo cuando se alegue la desproporción del ejercicio de la facultad asignada por la ley al empleador para disponer la organización de sus medios al interior de la empresa. En este sentido, la ponderación o proporcionalidad operaría más como un instrumento de reducción de la arbitrariedad del empleador, similar a sus antecedentes en el poder de policía de la Administración del Estado, que un ejercicio de balanceo de dos derechos fundamentales en juego. Esto supondría la incorporación de un criterio de racionalidad en el ejercicio de las facultades del empleador, las que debieran ser ejercidas dentro de los marcos definidos por el ordenamiento y con respeto de los derechos de los trabajadores⁶⁹⁵. A mi juicio, esta lectura de la aplicación de la

694 WALTER (2011), pp. 109-110.

695 WALTER (2011), p. 110.

proporcionalidad en materia de tutela de derechos fundamentales es un tanto confusa, ya que es claro que la proporcionalidad no se ocupará para fundar cualquier posible vulneración de derechos, sino solo cuando exista una colisión de derechos fundamentales tanto del empleador como del trabajador, debiendo uno de ellos ceder frente al otro, no obstante es muy probable que si el actuar del empleador no es lícito –ilegitimidad del fin– ni siquiera estaremos frente a un conflicto y con ello no será necesario poner en funcionamiento los pasos del test de proporcionalidad. Lo mismo ocurriría si el fin del empleador es legítimo pero no está amparado por una garantía constitucional, toda vez que el menor rango hará inválida la actuación del empleador y con ello solo subsistirá el derecho del trabajador.

Todos los autores anteriores parten de la base de que la norma contenida en el artículo 485 del Código del Trabajo contiene una hipótesis jurídica que positiviza la posibilidad de colisión de derechos fundamentales y la solución a dicho conflicto, cual es el uso de la proporcionalidad, lo cual es natural en cuanto, tal como se indicó, es la propia norma la que señala en su inciso tercero que:

“(...) se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquellas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial (...)”.

Sin perjuicio de lo anterior, esto es, la constatación de que es la propia norma la que enuncia la proporcionalidad como mecanismo idóneo para solucionar los conflictos de derechos que se susciten en el marco de la relación laboral, no ha sido parte del análisis de la norma la consideración de si efectivamente los derechos protegidos por este procedimiento poseen la naturaleza o estructura de principios –en los términos de Alexy– para que se produzca, en los hechos, una colisión entre derechos solucionable con la proporcionalidad, toda vez que solo el conflicto entre principios implica la aplicación de la proporcionalidad, la cual está destinada a dilucidar el peso relativo de cada uno de ellos aplicados en un caso concreto.

Es decir, para poder aplicar la técnica jurídica que de forma regular la doctrina laboral nacional ha indicado que debe utilizarse para determinar la vulneración de derechos fundamentales del trabajador por parte del empleador, debemos, inicialmente, entender qué es la proporcionalidad, para luego definir cuáles son los supuestos de hecho y normativos – desde una perspectiva estructural– que hacen posible la aplicación de la proporcionalidad.

3. FACTIBILIDAD DEL USO DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Como pudimos apreciar del título anterior, la doctrina laboral nacional ha sido uniforme en establecer que, en materia de vulneración de derechos del trabajador, debe determinarse dicha vulneración mediante la técnica jurídica de la proporcionalidad, lo cual parece lógico del tenor literal de las normas que regulan el procedimiento de tutela. Ello, sin perjuicio del análisis que esta parte efectúa del contenido de la norma contenida en el artículo 485 del Código del Trabajo que, como se dijo, enuncia no solo a la proporcionalidad como técnica para dilucidar la vulneración de derechos fundamentales, sino que también hace referencia a las técnicas de razonabilidad y contenido esencial de los derechos.

Sin embargo, en el presente apartado estudiaremos la proporcionalidad en virtud de la referida opinión doctrinaria para esclarecer la factibilidad técnica y práctica de su aplicación en sede laboral. Entendemos que la proporcionalidad, solo puede utilizarse para resolver, en los hechos, un conflicto de derechos fundamentales, en cuanto es una técnica creada para solucionar tales conflictos. Ahora bien, para arribar a tal conclusión es necesario saber qué entendemos por conflicto de derechos fundamentales y qué características deben tener los derechos susceptibles de colisión. Así, según Robert Alexy, el conflicto de derechos fundamentales es la colisión producida cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto –su titular– es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental⁶⁹⁶. Es decir, se reconoce la existencia de un conflicto cuando colisionan dos derechos que, en abstracto, poseen un mismo valor jurídico, pero que en el caso concreto generan efectos jurídicos divergentes, lesionándose entre sí. Esta idea conflictivista implica que un determinado derecho fundamental, cuya delimitación no es precisa, aplicado a la realidad y no en la mera abstracción normativa, puede generar una lesión a otro derecho, también sin una determinación perfecta de sus límites, que confluye en dicha realidad.

Igualmente Alexy, en materia de colisión de derechos, distingue aquellas normas que contienen principios o reglas, los cuales presentarían diferencias cualitativas. Así, principio es una norma que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades

696 ALDUNATE (2008), p. 270.

jurídicas y reales existentes, por tanto los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas; por su parte, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Esta distinción es relevante, en cuanto la solución de los conflictos entre reglas y principios es clara. Un conflicto entre reglas solo puede solucionarse mediante la introducción en una de las reglas de la cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que al menos una de las reglas es inválida. Ahora bien, en el caso de conflicto entre principios, uno de los dos debe ceder ante el otro, lo cual no significa declarar inválido el principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción, sino que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios procede al otro.⁶⁹⁷

Estos conflictos de derecho –de principios– pueden resolverse por distintas vías; sin embargo, la que es objeto de análisis es la ponderación o proporcionalidad, que en definitiva, implica que serán las circunstancias del caso las que aportarán los elementos determinantes de la preferencia que deba darse a un derecho por sobre otro, pero solo en ese caso.⁶⁹⁸

Ahora, tras distinguir qué entendemos por este mecanismo de solución, preciso es señalar que existe un principio muy ligado a éste, el cual es el principio de proporcionalidad. Así, en palabras de Prieto Sanchís, “la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto (...) se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro”⁶⁹⁹. Este principio examina la relación existente entre una medida de la autoridad, adoptada en el ámbito de sus facultades discrecionales, gravosas para sus destinatarios, y la finalidad perseguida por esa medida. Los componentes del principio de proporcionalidad como parámetro de control –bajo el supuesto de legitimidad del fin perseguido–, son: a) la idoneidad o adecuación del medio elegido para satisfacer el fin perseguido; b) la necesidad o relación entre medios empleados y fines perseguidos, es decir una medida legislativa no es necesaria si el mismo fin perseguido con ella pudo haberse logrado a través de una alternativa menos gravosa; y c) la proporcionalidad en sentido estricto o determinación

697 ALEXY (2008), pp. 67-71.

698 ALDUNATE (2008), pp. 273-274.

699 PRIETO (2000), p. 76.

de si el sacrificio del derecho fundamental se encuentra en una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés que se trata de proteger.⁷⁰⁰

A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y de la influencia de la doctrina (Carbonell, Bernal Pulido, Prieto⁷⁰¹, etc.), la proporcionalidad pasó a transformarse en un meta principio constitucional –principio que resuelve conflicto entre principios– de protección de los derechos fundamentales, cuyos requisitos, aplicables a toda intervención en la libertad y propiedad de las personas por parte del poder público, sea del legislador, del poder Ejecutivo o del poder Judicial, son:

- a. Debe perseguir una finalidad legítima.
- b. Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo (*geeignetheit* o adecuación).
- c. Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados (mínimo de intervención).
- d. Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención. Por tanto, los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad; la gravedad de las intervenciones debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si éstos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad (relación *zweck-mittel*).⁷⁰²

Ahora bien, dicho principio de proporcionalidad y su respectivo test, enunciado de forma precedente –ya sea en sus 4 pasos, según el Tribunal Constitucional Federal, o en sus 3 pasos, como los enuncia Aldunate en su obra, partiendo del supuesto de la legitimidad del fin–, ha sido aplicado por nuestro Tribunal Constitucional; así, en palabras de Martínez Estay, “en general, en los casos de que ha conocido el TC aplicando este principio, se verifica que ha utilizado el test de proporcionalidad,

700 ALDUNATE (2008), pp. 264-265.

701 Dichos autores han desarrollado esta teoría en sus obras: Miguel Carbonell en su introducción a la obra coordinada por él denominada “El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales”; Bernal Pulido en su artículo “la racionalidad de la ponderación” que se encuentra inserto en la obra antes citada; Prieto Sanchís en su artículo “el juicio de ponderación constitucional”, también parte de la obra ya citada.

702 ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2012), p. 71.

aunque no necesariamente en sus cuatro pasos. Y así, por ejemplo, en algunas sentencias el TC solo chequea si existe relación ente los medios legítimos utilizados y el fin perseguido. En tal sentido, el TC ha señalado que la regulación legal de los derechos “debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos”⁷⁰³.

Por tanto, bajo la lógica anterior, la proporcionalidad resolverá los conflictos de derechos fundamentales, generados por la aplicación de tales derechos al caso concreto y en la medida que la norma que los regula posea una estructura de principio que permita la colisión necesaria para ponderar.

Luego, regresando al ámbito netamente laboral, y tras haber analizado la opinión de la doctrina nacional en materia de vulneración de derechos fundamentales del trabajador en sede laboral, es necesario que determinemos si los derechos protegidos por el artículo 485 del Código del Trabajo son susceptibles de colisión, y con ello, de ser aplicable la proporcionalidad como técnica jurídica de resolución. El citado artículo establece que será aplicable el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en sede laboral, respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten ciertos derechos fundamentales de los trabajadores, específicamente los contenidos en el artículo 19, números 1°, inciso primero, 4°, 5°, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16° de la Constitución Política de la República; artículo 2° del Código del Trabajo, con excepción de los contemplados en su inciso sexto; y el derecho contenido en el inciso tercero del propio artículo 485 del Código del Ramo, denominado derecho de indemnidad.

Es decir, son derechos susceptibles de protección mediante el procedimiento de tutela de derechos fundamentales el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público; la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado; la libertad de trabajo y su protección; la no discriminación en el trabajo

703 ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2012), p.87.

con excepción de la discriminación generada en las ofertas de trabajo; y el ya citado derecho de indemnidad.

Ahora bien, las preguntas que corresponde efectuar son: ¿Cuál es la naturaleza de las normas protegidas? ¿Son principios o reglas? ¿Es aplicable la proporcionalidad en todos los conflictos suscitados entre los derechos tutelados por el artículo 485 del Código del Trabajo?

Para resolver los cuestionamientos precedentes, pertinente es citar a Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, quienes resuelven la interrogante anterior en su obra denominada *Sobre principios y reglas*, referente al cómo se distinguen los principios de las reglas, y reconociendo dos elementos que deben contener las normas para poder ser calificadas como principios o reglas. Dichos criterios son:

1. El elemento estructural o bien la forma en que se organizan las normas, la cual tendrá una forma condicional en el caso de las reglas, toda vez que las normas/reglas se ordenan en base al planteamiento de una hipótesis legal y la solución a la misma; y en el caso de los principios, dicha estructura dependerá de si dicho principio es un principio propiamente tal o bien una directriz, en que los primeros están formulados como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero de manera abierta, y los segundos están estructurados de modo tal que la consecuencia jurídica no se encuentra determinada.
2. Elemento funcional o referente al papel o rol que las normas cumplen en el razonamiento de sus destinatarios (principalmente el juez llamado a aplicar la norma). La función que cumplen las reglas en el razonamiento de sus destinatarios es generar una razón perentoria, en cuanto las reglas están destinadas, cuando se dan sus supuestos de aplicación, a excluir el propio juicio del órgano jurisdiccional referente al balance de razones aplicables. Por su parte, los principios son razones de acción pero no perentorias, en cuanto no están destinados a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar sino que constituyen razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza sobre otros principios debe ser ponderada por dicho órgano.⁷⁰⁴

En virtud de la distinción anterior, cabe analizar si los derechos tutelados tienen la estructura y función de las reglas o principios, y con

704 ATIENZA – RUIZ (1991), pp. 107-110.

ello, establecer si ante eventuales conflictos o antinomias entre ellos es aplicable la proporcionalidad. Así, el cuestionamiento anterior lo estructuro en la siguiente tabla, para efectos metodológicos:

Derecho Tutelado	Estructura	Función
Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.	De regla, en cuanto no se puede cumplir parcialmente.	Razón perentoria para el órgano jurisdiccional.
Respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.	De regla, en cuanto no se puede cumplir parcialmente.	Razón perentoria para el órgano jurisdiccional.
Inviolabilidad toda forma de comunicación privada.	De regla, en cuanto no se puede cumplir parcialmente, ya que todo aquello que tiene el carácter de privado es inviolable.	Razón perentoria para el órgano jurisdiccional.
La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.	De regla, en cuanto no se puede cumplir parcialmente.	Razón perentoria para el órgano jurisdiccional.
La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa.	De regla ya que es la propia norma que enuncia la forma en que se debe ejercer el derecho y sus límites.	Razón perentoria para el órgano jurisdiccional.
La libertad de trabajo y su protección	De regla, en cuanto no se puede cumplir parcialmente, ello sin perjuicios de las excepciones que admite la ley.	Razón perentoria para el órgano jurisdiccional.
No discriminación en el trabajo.	De regla, ya que se enuncia una prohibición explícita, sancionable.	Razón perentoria para el órgano jurisdiccional.
Indemnidad.	De norma, en cuanto enuncia una prohibición explícita, sancionable.	Razón perentoria del órgano jurisdiccional en casos que el despido haya sido manifestación de una represalia empresarial.

Del cuadro anterior se desprende que los derechos protegidos por el procedimiento de tutela laboral son reglas en las que el mecanismo de solución de controversias, o mejor dicho, el mecanismo para resolver si tales derechos son vulnerados, debería ser la técnica de subsunción y no la de proporcionalidad, en los términos expuestos por la norma en estudio. Por tanto, sin perjuicio de la opinión mayoritaria y del texto mismo de la

norma, no es posible aplicar la proporcionalidad en el procedimiento de tutela laboral, lo que generará como principal consecuencia práctica que al forzar el uso de la proporcionalidad para determinar la vulneración de un derecho fundamental en sede laboral, vamos a generar sentencias mal argumentadas o confusas, susceptibles de ser anuladas en virtud de la causal contenida en el artículo 478 letra e), por no cumplir la sentencia recurrida con el requisito contenido en el artículo 459 N° 4 del Código del Trabajo, esto es, por no expresar los razonamientos que llevaron al sentenciador a decidir una determinada controversia.

4. CONCLUSIONES

Del análisis abstracto de la norma contenida en el artículo 485 del Código del Trabajo pudimos observar que el referido artículo parte del supuesto de colisión entre las facultades del empleador y los derechos fundamentales protegidos por el procedimiento de tutela laboral de los trabajadores, y establece las técnicas de resolución de dichos conflictos, en cuanto dicho articulado reza: “(...) *se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas (...)*”. Así, partir de la hipótesis de lesión, solo cuando el ejercicio legítimo de los derechos conferidos por la Constitución y la ley colisiona con los derechos fundamentales del trabajador, implica protección de los derechos en virtud del conflicto, en cuanto se entiende que existe lesión cuando el derecho de uno limita el derecho del otro.

Asimismo, pudimos constatar que la doctrina laboral mayoritaria se inclina por la proporcionalidad como la herramienta consignada por el legislador para determinar la vulneración de derechos fundamentales del trabajador en sede laboral; no obstante, tal opinión, nos llevó a generar al menos dos críticas de importancia:

1. El citado artículo no solo regula la proporcionalidad, sino que hace referencia a las técnicas de razonabilidad –que se distingue en términos teóricos a la proporcionalidad, aun cuando se encuentran vinculadas–, y de contenido esencial de un derecho.
2. Los derechos protegidos por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en sede laboral, en rigor no son derechos colisionables; ergo, no son susceptibles de aplicación de la proporcionalidad, en cuanto su estructura normativa es la propia

de una regla, no así de un principio, por tanto, desde el punto de vista del derecho constitucional, de los derechos protegidos en sede laboral solo podría determinarse su vulneración mediante la subsunción.

Finalmente, la técnica legislativa del artículo 485 del Código del Ramo, no solo es poco rigurosa a la hora de consagrar la protección de derechos no colisionables, y a su vez, indicar la proporcionalidad como herramienta para determinar la existencia de vulneración, sino que es contradictoria, en cuanto su texto plasma distintas técnicas jurídicas que, por una parte, requieren de la existencia de colisión de derechos –proporcionalidad–, y por otra, niega la posibilidad de dicha colisión –determinación del contenido esencial del derecho–, lo que genera una norma confusa y técnicamente desprolija.

La importancia de poseer normas procedimentales con una técnica legislativa correcta deriva en la necesidad de no generar, en la práctica, problemas de aplicación o interpretación, o bien, de no generar resoluciones susceptibles de ser recurridas por la imposibilidad material de fallar conforme al tenor literal de la norma. Además, la importancia de determinar si es posible aplicar la proporcionalidad en el procedimiento de tutela laboral está dada por la necesidad de generar fallos con cierta calidad argumentativa para proporcionar certeza jurídica y prolijidad en la aplicación del derecho.

BIBLIOGRAFÍA.

▪ Libros.

Alexy, Robert (2008): *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 601.

Aldunate Lizana, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing Chile), pp. 439.

Gamonal Contreras, Sergio (2009): *El procedimiento de tutela de derechos laborales* (4ª Ed. Santiago, Legal Publishing Chile), pp. 91.

Henríquez Viñas, Miriam, Núñez Leiva, José Ignacio, Garrido Álvarez, Ricardo, y De Ferrari Vial, Luis Ignacio (2015): *Estudio de apoyo jurídico en formulación de garantía judicial de los derechos dela niñez* (Informe en Derecho resultado de la Propuesta Técnica de Estudio “Apoyo Jurídico en Garantía Judicial de los Derechos de la

Niñez”, encomendado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia y el Consejo de la Infancia), pp.32

Ugarte Cataldo, José Luis (2010): *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (3ª Ed. Santiago, Legal Publishing Chile), pp. 102.

▪ Artículos de Revista.

Arnold, Rainer, Martínez Estay, José Ignacio, y Zúñiga Urbina, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales* (Año 10, N° 1), pp. 65 - 116.

Atienza, Manuel, Ruiz, Juan (1991): “Sobre principios y reglas”, en *Revista Doxa*, (N° 10), pp. 101 - 120.

Bertelsen Simonetti, Soledad (2010): “Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 42* (Santiago, Ed. Tribunal Constitucional) pp.13-108.

Martínez Estay, José Ignacio, Zúñiga Urbina, Francisco (2011): “El Principio de Razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales* (año 9 N° 1), pp. 199-226).

Prieto Sanchís, Luis (2000): “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades” en *Pensamiento Constitucional* (Año VIII, N° 8), pp. 61-102.

Sapag, Mariano (2008): “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado”, en *Revista Dikaion* (N° 17, Vol. 22), pp. 157-198.

Walter Díaz, Rodolfo (2011): “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, en *Revista de Derecho* (Vol. XXIV, N° 2), pp. 91-111.

EL TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL POR INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES QUE IMPONE EL CONTRATO DE TRABAJO EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO

Rodolfo Walter Díaz ★
Álvaro Domínguez Montoya ★★

SUMARIO

1. Algunas reflexiones introductorias. 2. El despido disciplinario por incumplimiento de las obligaciones laborales: doctrina y jurisprudencia. 3. Incumplimiento de una obligación “laboral”. 4. El incumplimiento contractual debe ser grave. 5. El incumplimiento debe ser culpable. 6. Oportunidad. 7. Formalidades. 8. Impugnación del despido y procedimiento. 9. Reparación. 10. Del auto despido o despido indirecto fundado en el incumplimiento grave de las obligaciones patronales en Chile.

1. ALGUNAS REFLEXIONES INTRODUCTORIAS

La causal de término de la relación laboral fundada en el incumplimiento de las obligaciones que impone el Contrato de Trabajo se encuentra regulada en el artículo 160 N° 7 del C.T.⁷⁰⁵, teniendo sus

★★Álvaro Eduardo Domínguez Montoya. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, Chile; Magíster en Drets Sociolaborals y Doctorando en Derecho por la Universitat Autònoma de Barcelona España. aedodominguez@gmail.com; *Rodolfo Walter Díaz. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción Chile, Magíster y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario Argentina, Decano y Profesor de Derecho del Trabajo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de

antecedentes en las primeras leyes laborales⁷⁰⁶, depurándose en el C.T. de 1931⁷⁰⁷ hasta nuestros días.

En Chile, esta causal opera de manera bidireccional, ya sea cuando el término del contrato laboral encuentra su origen directo en la voluntad del empleador por el incumplimiento de obligaciones laborales por parte del trabajador, como así también de forma indirecta por el incumplimiento de las obligaciones patronales; esta última posibilidad consagrada por expresa mención del artículo 171 del C.T.⁷⁰⁸, lo que ha permitido afirmar por la doctrina⁷⁰⁹ —sin mucha rigurosidad técnica⁷¹⁰— que constituye el motivo más generalizado de terminación del contrato de trabajo.

En un contexto general, se ha dicho que la explicación de su naturaleza jurídica descansa en que “la obligación de una de las partes, es la obligación de la otra y violando un contratante cualquiera de las cláusulas del contrato, sean éstas expresas, tacitas o subentendidas, será causal suficiente para poner término al vínculo contractual”⁷¹¹, lo que ha permitido entender su fundamentación desde la lógica civilista de la “condición resolutoria del contrato”, pudiendo ser demandada la extinción por la parte diligente al no cumplirse por la contraria lo

Concepción. twalter@udec.cl

Algunas de las ideas expuestas en este artículo han sido indicadas por los autores en el artículo “El despido disciplinario por incumplimiento grave de las obligaciones laborales en el ordenamiento jurídico chileno”, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. (En prensa).

705 “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: N° 7 Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”.

706 Ley 4093 del Contrato de Trabajo de fecha 29 de septiembre de 1924, la cual en su artículo 5° indicaba que “el contrato de trabajo termina con las causales generales de separación de los contratos, y, en especial por las siguientes: cuando una de las partes falta gravemente a sus obligaciones relativas a la ejecución del contrato” (sic).

707 El cual en su artículo 9 señalaba que “el Contrato de Trabajo termina: N° 9 por faltas graves a las obligaciones que impone el contrato de trabajo”.

708 Vid. Mella Cabrera, Patricio. “*El despido indirecto o resolución del contrato de trabajo por incumplimiento patronal*”. Revista: N° 210, año LXIX (Jul-Dic, 2001), pág. 95-102; Barahona Estay, Francisca. *Despido Indirecto*. Puntolex, Santiago, 2009.

709 Nadal Serri, Daniel. *El despido en el Código del Trabajo*. Lexis Nexis. Santiago. 2003, pág. 253. En similar sentido Vargas Miranda, Rafael. *Terminación del Contrato de Trabajo*. (segunda parte). Editorial Metropolitana. Santiago. 2014, pág.333.

710 En la Encuesta Laboral (ENCLA) se ha indicado invariablemente en sus diversas versiones (2011, 2008, 2006, 2004, 2002, 1999 y 1998), que la causal de necesidades de la empresa (artículo 161 del C.T.) ha sido más utilizada que la causal de despido disciplinario (160 del C.T.) incluso incorporando a esta última los diversos motivos de despido imputables a la conducta del trabajador.

711 Nadal Serri, Daniel. ob. cit., pág. 253. En similar sentido Vargas Miranda, Rafael, ob. cit., pág.333.

pactado⁷¹². De igual forma, se ha dicho por la doctrina que esta causal es subjetiva y voluntaria, “ya que guarda relación con hechos o faltas atribuibles a las partes o a la conducta de alguna de ellas, dando origen a un despido justificado, en el que si bien media un acto aparentemente unilateral de uno de los contratantes, tiene como fundamento la falta u omisión de la otra parte, falta que autoriza para justificar el despido”⁷¹³, obviándose en general el problema de la naturaleza jurídica de tal hipótesis de término y, a su vez, la forma en que ha de entenderse la misma.

Es así como, clásicamente, tal motivo causal suele estudiarse como una hipótesis que encuentra su origen en la voluntad patronal, asumiendo la forma de despido por incumplimiento grave de las obligaciones o bien en la voluntad trabajador, esto es, como causal de despido indirecto o autodespido.

Lo anterior tiene diversos inconvenientes técnicos, por cuanto no existe una correcta delimitación de la naturaleza jurídica y fundamento de ambas hipótesis, lo cual influye no solo en los efectos que se atribuyen a las mismas, sino también la interacción con otras instituciones que superponen diversos estatutos normativos al momento de extinguirse el contrato de trabajo.

Cuando la extinción de la relación laboral por incumplimiento grave de las obligaciones encuentra su fundamento en la conducta del trabajador y origen de extinción en la decisión del empleador, nos situamos dentro de las hipótesis de despido en su variante subjetiva⁷¹⁴, y dentro de aquéllas, en las de identidad disciplinaria, porque la extinción encuentra su fundamento en la conducta del trabajador que acarrea un incumplimiento contractual culpable y grave.⁷¹⁵

En este contexto, al igual que todas las instituciones del Derecho del Trabajo, puede ser estudiado de diversas vertientes calificadas de “confusas o inéditas”⁷¹⁶. Por lo mismo, con el objeto de desentrañar sus alcances y limitaciones, debemos tener en consideración su vinculación con los fundamentos e instituciones que confluyen en su estructuración, esto es, las aprensiones teóricas heredadas del derecho de los contratos

712 Thayer Arteaga, William, Novoa Fuenzalida, Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo*. Editorial Jurídica de Chile, 1980, Santiago. v. III, pág. 346.

713 Nadal Serri, Daniel. ob.cit., pág. 256 y ss.

714 Albiol Montesinos, Ignacio. *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*. Ediciones Deusto S.A. Bilbao. 1990, pág. 36 y ss.

715 Vid. Concepto de Despido Disciplinario de Alonso Olea, Manuel, *El despido*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958.

716 Gil y Gil, J.L. y Sagardoy de Simón, I. *La protección contra el despido disciplinario*. Cinca. Madrid. 2007. pág. 17.

(el despido como resolución contractual) y lógica del poder disciplinario propio de quien detenta la titularidad de los medios de producción (el despido como sanción)⁷¹⁷, lo que es, en otros términos, situar al despido como una forma de extinción contractual o un acto de poder, ambos polos en permanente tensión que han condicionado el debate laboral sobre la naturaleza, fundamentos, efectos y reparación del despido.

En una primera alternativa, y desde la perspectiva del derecho de los contratos, la doctrina al momento de hablar del despido lo ha hecho, por una parte, como si éste fuera un tipo particular de desistimiento, o bien, por otra, como una fórmula de resolución del vínculo contractual por incumplimiento de obligaciones, lo que por cuestiones propias del derecho civil traslada el debate del mismo a su causalidad y eficacia.⁷¹⁸

Una segunda posibilidad, opuesta a la anterior, es entender al despido como la manifestación de un poder empresarial⁷¹⁹ que se expresa como sanción⁷²⁰. En este esquema el despido constituiría un derecho potestativo⁷²¹ que se acomoda a la estructura de actos de auto-tutela privada⁷²², ya que a través de él se permite al empleador extinguir la relación jurídica contractual mediante un acto constitutivo unilateral, que pretende la defensa de un intereses de carácter particular y subjetivo.

Con la idea de establecer su alcance, creemos útil razonar el despido desde esta segunda posibilidad, esto es, en el encuadramiento de la lógica del ejercicio del poder disciplinario del empleador⁷²³, el cual tiene verdaderos rasgos punitivos –aunque no absolutos–, exigiendo límites de gradualidad, ponderación, causalidad, control y reparación que la doctrinaria y jurisprudencial ha comprendido como un modelo de

717 Alonso Olea, Manuel. ob.cit., pág. 106 y ss.; Gil y Gil, José Luis. Et. Alt. “Despido Disciplinario, en *El Despido: aspectos sustantivos y procesales*”, 2004, pág. 72 y ss.

718 Gil y Gil, J.L. y Sagardoy de Simón, I., ob.cit., pág. 18.

719 Gil y Gil, J.L. y Sagardoy de Simón, I., ob.cit., pág. 29. Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, (1997) “*Derecho, Trabajo y despido*”. Relaciones laborales. Num. 1 pág. 1-9.

720 Entre otros: Rodríguez-Piñero, M. (1996), “Lo individual y lo colectivo en el despido objetivo”, Relaciones Laborales, N°12, 1996, pág. 4; Rodríguez-Piñero, M. (1997a), “Derecho, trabajo y despido”, Relaciones Laborales, N° 1, pág. 4 ss.; Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid. Trotta. 1992; Albiol Montesinos, Ignacio, *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Ediciones Deusto S.A., Bilbao, 1990, pág. 36.

721 Gil y Gil, J.L. y Sagardoy de Simón, I., ob.cit., pág. 34 y ss.

722 GIL Y GIL, José Luis, *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*. Madrid. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. 1993. pág. 33.

723 Vid. Cremades Sanz-Pastor, Bernardo. *La sanción disciplinaria en la empresa*, Madrid, 1969, pág. 238 y ss; Fernández López, María Fernanda. *El poder Disciplinario en la Empresa*, Madrid, 1991, pág. 244; Albiol Montesinos, Ignacio, *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Ediciones Deusto S.A., Bilbao, 1990, pág. 36.

garantías ante el ejercicio de tal poder.⁷²⁴

En este contexto, la empresa se constituye por un conjunto de dispositivos que la transforman en un espacio de disciplinamiento, una institución de sometimiento y sumisión temporal, espacial y física, donde se ejerce por el empleador un poder polimorfo y polivalente de carácter económico, político y judicial, donde es él quien da órdenes, establece reglamentos, expulsa y acepta individuos dentro de su organización, configurando un verdadero derecho al castigo y recompensa ante instancias de enjuiciamiento interno presididas por él.⁷²⁵

El despido, en tal contexto, se presenta como una “acto de fuerza”, un “fenómeno de violencia inserto en los itinerarios de la autoridad empresarial”⁷²⁶, que incide directamente sobre los derechos de los trabajadores, definiendo negativamente su posición social y económica⁷²⁷. Como acto privado, niega al trabajo como una instancia de “integración y participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia”, por cuanto “crea una persona sin calidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo”.⁷²⁸

Por lo mismo, reconociendo la estructura subordinada de la relación laboral y el poder del empleador validado y normalizado jurídicamente por el contrato de trabajo, debemos entender que el despido en su variante disciplinaria expresa un acto de auto-tutela privada de uno sobre otro, que en el contexto de sumisión y dependencia se formula como un acto de violencia por los efectos que produce⁷²⁹. Es por lo anterior que el Derecho del Trabajo ha pretendido “someterlo a la civilización democrática”, racionalizándolo, procedimentándolo y formalizándolo, “para evitar que se corrompa en pura arbitrariedad”.⁷³⁰

En esta aproximación aparece evidente la necesidad de encuadrar el despido en la lógica del ejercicio del poder disciplinario del empleador⁷³¹, el cual tiene verdaderos rasgos punitivos que se expresan

724 Vid. Baylos Grau, Antonio. “Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del Derecho del Trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, N° 46 año 2009, pág. 11-30.

725 Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, págs. 154 y 156; Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 2005, pág. 141 y 142.

726 Baylos Grau, A. y Pérez Rey, J, *El despido o la violencia del poder privado*, ob. cit., p. 44.

727 Baylos Grau, Antonio, “Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, 46, 11-30.

728 Baylos Grau, A. y Pérez Rey, J, *El despido o la violencia del poder privado*, ob. cit., p. 34, 35 y 36.

729 *Ibíd.*, p. 44 y ss.

730 *Ibíd.*, p. 47 y ss.

731 Vid. Cremades Sanz-Pastor, Bernardo (1969), *La sanción disciplinaria en la empresa*,

en los fundamentos de la sanción que impone. En materia laboral, ésta se encuentra determinada por la finalidad de la medida en su función punitiva, como así también en el hecho ilícito justificativo⁷³², que según la doctrina clásica obliga a enmarcar la conducta que se considera ilícita dentro de parámetros de adecuación, esto es, en un tipo descriptivo, técnica muy propia a la tipicidad del Derecho Penal con sus matizaciones⁷³³, exigiendo por lo mismo límites de gradualidad, ponderación, causalidad, control y reparación, como un modelo de garantías ante el ejercicio de tal poder.⁷³⁴

Por otra parte, y en este contexto, una de las cuestiones que mayor evolución –pero no por eso exentas de críticas– ha sido la configuración doctrinaria del término del contrato de trabajo por la voluntad del trabajador, tropezando con las dificultades que el sistema regulatorio no ha sabido dar un tratamiento sistemático y unitario a sus diversas modalidades (abandono, renuncia, auto despido), en que no se ha reconocido que el término del contrato por parte del trabajador no siempre encuentra su origen en la voluntad libre y espontánea del mismo.

En efecto, una de estas hipótesis de origen puede estar en la conducta del empleador que, pretendiendo evadir los efectos protectores de la legislación laboral, fuerce la resistencia de quien está subordinado a prestar servicios para separarlo de la empresa con el claro objeto de evitar el escrutinio de la reglamentación del despido.

En su momento, el contexto y dinámica que representa el contrato de trabajo impidió encasillar la justificación de la voluntad del trabajador en el término del vínculo laboral en las figuras clásica de explicación,

Madrid, Instituto Estudios Políticos, pp. 238 y ss; Fernández López, María Fernanda (1991), *El poder Disciplinario en la Empresa*, Madrid, Civitas, pp. 244; Albiol Montesinos, Ignacio (1990), *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao, Ediciones Deusto S.A., p. 36. En Chile Fernández Toledo, R., “El poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente”, ob.cit. p.425 y ss.

732 Vid. Fernández López, M., *El poder disciplinario en la empresa*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, p. 229; Cremades Sainz-Pastor, B., *La sanción disciplinaria en la empresa*. Instituto de Estudios Constitucionales, Madrid, 1969, p.171. Fernández Toledo, R., “*El poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente*”, ob.cit., p. 425 y ss.

733 Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, “El despido disciplinario y la “modernización” del Derecho del Trabajo”, *El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca, Madrid, 2009, p. 49.; Alonso Olea, M. *El despido*, ob.cit., p. 107. En Chile ver Fernández Toledo, R., “El poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente”, ob.cit., p. 425, 426 y 440 y ss.

734 Vid. Baylos Grau, A., “Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del Derecho del Trabajo”, en *Revista de Derecho Social*, N° 46, 2009, p. 11–30.

como lo podrían ser el desistimiento (ordinario y extraordinario) o la dimisión⁷³⁵, por lo que al irse estableciendo normas restrictivas del despido, progresivamente se fue asimilando y expandiendo su tratamiento a las hipótesis de término, en que la centralidad viene dada por la voluntad del trabajador, poniéndose énfasis en dónde se encuentra la iniciativa e imputabilidad de la ruptura, ya que “la tutela del despido podría ser poco efectiva si se admitiesen conductas empresariales que lograsen extinguir la relación laboral sin formalizar el despido pero obligando al trabajador a adoptar la decisión de cesar en el trabajo”. Ante la inconsistencia de ambos institutos (dimisión y desistimiento) nace el despido indirecto como una alternativa que pretende dar respuesta a las vicisitudes propias del término del contrato por iniciativa del trabajador, pero que encuentra su justificación en la conducta del empleador y hacen insostenible el vínculo laboral. Si buscásemos el origen de estas ideas, tienen sin duda una notable influencia las respuestas dadas por los sistemas jurídicos anglosajones⁷³⁶, que configuraron hipótesis especiales ante casos de tutela de derechos fundamentales por término del contrato por iniciativa del trabajador para repudiar posturas o exigencias injustificadas del empleador o derechamente incumplimientos contractuales que hacen intolerable la supervivencia del vínculo contractual.⁷³⁷

En tales casos, el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato se convierte en un motivo justificativo de término del contrato por parte del trabajador cuando el fundamento está centrado en la conducta patronal.

Por lo mismo, creemos necesario reinterpretar el alcance de aquellas instituciones que regulan la voluntad del trabajador en el término del contrato de trabajo, ya sea en la renuncia, abandono y el autodespido, imponiéndonos “levantar el velo de las apariencias o de las simulaciones” cuando se pretenda evadir los límites impuestos por la legislación laboral⁷³⁸, ampliando la protección a hipótesis que, sin comportar un despido, suponen la iniciativa directa o indirecta del empleador. Incluso más, “una ruptura cuyo empleador es responsable, debería, como la

735 Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel y Fernández López, María, *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley, 1998, Madrid, pág. 32 y ss.

736 Idea desarrollada principalmente por la jurisprudencia y legislación norteamericana, inglesa e irlandesa

737 Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel y Fernández López, María, *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley, 1998, Madrid, pág. 111 y ss.

738 Valdés Dal-Ré, Fernando, “*Mutuo Acuerdo y Despido*” en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 1993, págs. 48 y ss.

ruptura imputable al empleador, analizarse como un despido⁷³⁹.

Tales observaciones nos obligan a reconducir la interpretación de instituciones como el despido indirecto de una forma mucho más flexible, asimilable en los aspectos procesales y sustantivos al despido, entendido como una modalidad de aquél, bajo pena de perder la virtualidad protectora del Derecho del Trabajo.

2. EL DESPIDO DISCIPLINARIO POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

En lo relativo al término del contrato como expresión de la voluntad empresarial por el incumplimiento grave de las obligaciones laborales por parte del trabajador –en adelante despido disciplinario–, se constata que, debido a su amplia redacción y referencia a fuentes obligacionales diversas, se ha caracterizado como una hipótesis de despido con un contenido causal abierto⁷⁴⁰, amplio⁷⁴¹, residual⁷⁴² y genérico⁷⁴³, que comprende situaciones fácticas que no encuentran un correlato en causales tipificadas, produciendo una absorción de motivos de despidos imperfectos⁷⁴⁴⁻⁷⁴⁵, convirtiéndola en una causal de difícil delimitación, que termina por alejarse de los contornos fijados al poder disciplinario, desfigurando su finalidad como garantía frente a la arbitrariedad.

739 Jeammaud, Antoine, “*le licenciement*”, Dalloz, Paris, 1993, pág. 7 y ss., citado por Alonso Bravo, *Milagros, Estrategias empresariales y extinción colectiva de los contrato de trabajo*, editorial Reus, Madrid, pág. 11 y 12.

740 Melis Valencia, C. y Saéz Carlier, F. *El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo*. Jurídica Conosur. Santiago. 2009. p. 131.

741 Gamonal, S. y Guidi C., ob.cit., p.279.

742 Rojas, I. *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*. Thompson Reuters. Santiago. 2015, p. 425.

743 Lizama, L. *Derecho del Trabajo*. LexisNexis. Santiago. 2005, p. 182.

744 Lizama indica, en base a criterios jurisprudenciales, algunas hipótesis: los atrasos reiterados, estado de ebriedad, protesta de cheques, incumplimiento de metas rendimiento. Lizama, L., ob.cit., p. 183 y 184. En similar sentido, reconociendo tal utilización Melis Valencia, C. y Saéz Carlier, F., ob.cit., p. 132 y ss.

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

Estimamos que la caracterización doctrinaria y su utilización flexible contraría la tipología causal que rige en materia de despido, por cuanto las causales disciplinarias tienen por finalidad delimitar hipótesis de incumplimientos graves y, producto de su particularidad, tipificarlas. Es por lo anterior que el artículo 160 del CT establece un catálogo específico que detalla los presupuestos infraccionales en que se subsume el comportamiento considerado como ilícito; así, el no cumplimiento de los requisitos que exige la ley para su advenimiento no logran configurar una causa justa de despido. Por lo anterior, al no poder subsumir en ella hipótesis fácticas –que si bien podrían ser reprochables–, éstas no deberían tener una ponderación justificante extintiva, por cuanto no tendrían entidad sustancial que se fija normativamente.⁷⁴⁶

Es por lo anterior que no podemos caracterizar la causal del despido por incumplimiento grave como una figura residual, en el sentido de ser sobrante, excedente o secundario del resto de las causales disciplinarias, ni tampoco como una figura genérica, esto es, una hipótesis causal común o base de despido, sino más bien como causa de contenido abierto e indeterminado de hipótesis de infracción convencional graves que se delimitan por estándares de aplicación y ponderación. Lo anterior excluye la subsunción de hipótesis imperfectas del artículo 160 del C.T., y a su vez, la hipótesis común de despido, puesto que lo que busca la misma es limitarla a hipótesis de infracción contractual grave de carácter amplio.

Constatando lo anterior, y tratando de delimitar la causal en estudio, realizaremos un análisis de los requisitos que se han formulado por la doctrina y jurisprudencia para su operatividad.

3. INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN “LABORAL”

a) La pluralidad de las fuentes del contenido obligacional.

Desde sus orígenes, este motivo de despido ha tenido un alcance bastante amplio. La doctrina ha comprendido y extendido el contenido obligacional no sloo al contractual, sino que a otras fuentes normativas

746 En sentido similar sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de enero de 2013, Rol N° 1360-2012. No obstante dicha resolución fue revocada por la Corte Suprema, por sentencia de Unificación de fecha 13 de junio de 2013, Rol N° 1242-2013.

que impone al contrato⁷⁴⁷. Vivanco señala que tal causal “no se refiere exclusivamente a las obligaciones pactadas en el contrato escrito, sino a las establecidas en las leyes y sus reglamentos, en el reglamento interno, y las sancionadas por los usos y costumbres. Comprende toda clase de instrucciones, órdenes y advertencias atinentes al trabajo encomendado”. Agrega que “se refiere tanto a las conductas como al incumplimiento de las órdenes y advertencias impartidas por el empleador”.⁷⁴⁸

En la misma línea, pero ampliando aún más su contenido, Nadal ha dicho que, por las “obligaciones que impone el contrato de trabajo”, no solo se debe entender “aquellas que emanen directamente del contrato mismo, sino aquellas cuyos efectos indirectos provienen del reglamento interno, de la ley misma incorporada al contrato o de un contrato colectivo, cuyos efectos son justamente la de reemplazar en lo pertinente a la contenidas en los contrato individuales de los trabajadores sujetos a negociación”⁷⁴⁹⁻⁷⁵⁰⁻⁷⁵¹. Agrega que, “en lo que respecta a la naturaleza de la obligación infringida ha de entenderse hecha a la relación de trabajo o contrato realidad y, por consiguiente, al conjunto de obligaciones y deberes que con ocasión de los servicios establece la ley, la voluntad de las partes y la propia naturaleza del vínculo”⁷⁵². En el mismo sentido, se ha reconocido que se incorporan al contenido contractual obligaciones emanadas de la costumbre o por la propia conducta de las partes.⁷⁵³

En razón de lo anterior, existe un cierto consenso para determinar el alcance de la causal, estando determinado por el contenido obligacional que se haya estipulado por escrito (contenido expreso); las obligaciones o deberes de conducta que naturalmente se entienden incorporados (contenido ético del contrato de trabajo); y aquellas obligaciones que derivan de la dinámica fáctica de la relación de trabajo, que puedan configurar obligaciones no contenidas en el contrato escrito pero que se subentienden en razón de la prestación laboral concreta (cláusulas tácitas

747 Rojas Miño, I. *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*, Thomson Reuters. 2015, ob.cit., p. 425. Se fundamenta lo anterior en base a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil chileno.

748 Vivanco Cisternas, M. *El Despido Laboral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 81.

749 Nadal Serri, D. El despido en el Código del Trabajo, ob.cit., p.254.

750 Sobre el punto ver Sentencia Corte Suprema, Rol N° 9407-2010, 5 de agosto de 2011, sentencia en la cual amplía el contenido obligacional al Contrato Colectivo y Buena Fe.

751 En sentido contrario Gamonal, S. y Guidi C., *Manual del Contrato de Trabajo*, ob.cit., p. 279.

752 Ibíd.

753 Lizama, L. *Derecho del Trabajo*, ob.cit., p. 183.

o subentendidas)⁷⁵⁴, todas las cuales pueden emanar de diversas fuentes normativas (contrato, ley, costumbre, reglamento interno, etc.) según lo ya indicado.

Nos llama la atención el amplio abanico de fuentes desplegado por la doctrina, cuando es la propia ley la que limita el contenido obligatorio a aquellas de origen contractual. Es más, debemos constatar los riesgos de tal interpretación, ya que nos encontramos ante una hipótesis de despido disciplinario que, como máxima expresión del poder sancionatorio del empleador, debe someterse a criterios estrictos de “tipicidad”⁷⁵⁵, que se ven debilitados al introducir nociones vagas e imprecisas de un alto grado de indeterminación, como lo son el contenido ético y deberes de conductas, y en menor medida las cláusulas tácitas o subentendidas. La introducción de nociones o conceptos jurídicos indeterminados en materia de causalidad del despido “generan inseguridad jurídica y desfavorece la posición de los más interesados en la plena justificación de las medidas extintivas como son los trabajadores”⁷⁵⁶.

Creemos que un criterio delimitativo será que la sanción se extienda al incumplimiento de aquellas obligaciones de estricta fuente contractual o que tengan una conexión necesaria y directa con el contrato de trabajo⁷⁵⁷, debiendo interpretarse sus cláusulas en correlación con las funciones que está obligado a desempeñar el trabajador. Ahora, en el evento de no estar escrituradas, se encontrasen indeterminadas o difusas (funciones y obligaciones), su interpretación deberá ser en contra del empleador por aplicación de los artículos 1563, 1564 y 1566 del Código Civil. De otro modo, se generará una imprecisión adicional a la vaguedad de esta causal⁷⁵⁸ que beneficia a quien detenta una posición de superioridad,

754 Sobre su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico: Corte Suprema, 31 de marzo 2004, Rol 1053-2003, Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de noviembre de 2002, Rol 2.954-2002. Desde el punto de vista de los derechos del trabajador y la condición más beneficiosa como fuente de obligaciones y derechos tácitos o subentendidos Vid. Ballester Laguna, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Granda, Comares, 2001 p. 131 y ss.

755 Fernández Toledo, R., “El poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente”, ob.cit., p. 433 y ss.

756 Monereo Pérez, J.L y Fernández Avilés, J.A., “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Madrid, 1997, p. 172.

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

758 En un similar sentido se ha resuelto que “para establecer si el demandante incumplió gravemente las obligaciones que le impone su contrato de trabajo, resulta básico

máxime si es la propia ley laboral que obliga la escrituración y claridad del contenido obligacional y funciones de la prestación laboral⁷⁵⁹, siendo exigible por los mismos fundamentos claridad en el seno del régimen obligacional y sancionatorio.

b) El reglamento interno: ¿hipótesis de incumplimiento que justifica el despido?

Por la doctrina se ha dicho expresamente “que el reglamento interno no puede estatuir obligaciones a este respecto, porque emana de la voluntad unilateral del empleador”⁷⁶⁰. En la misma línea, pero de forma un tanto matizada, se ha sostenido que la transgresión por parte del trabajador de una prohibición establecida en el reglamento interno solo acarrea a éste la aplicación de las sanciones propias del reglamento interno previstas en el artículo 154 n° 10 en relación con el artículo 157, ambos del C.T., siendo solo posible la amonestación o multa, pero no tendrá la posibilidad de generar el término del contrato de trabajo, a menos que expresamente se contractualice.⁷⁶¹

No obstante, la jurisprudencia judicial⁷⁶² y la doctrina mayoritaria⁷⁶³ han tenido una postura distinta, afirmando que el trabajador que infringe la normativa del reglamento interno incurre en incumplimiento grave de las obligaciones, manifestando, no obstante, que la gravedad ha de ser calificada por los tribunales de justicia.

Creemos que puede sostenerse como hipótesis que la infracción del reglamento interno solo constituirá incumplimiento grave cuando

tener certeza acerca de la exacta naturaleza de los servicios que debía prestar para su empleador”. En dicho fallo se indica que no cumple esta exigencia el contrato que no contiene la descripción del cargo ni señala las tareas que debe cumplir el trabajador. Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de septiembre 2002, Rol 7.069-2001.

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

760 Gamonal, S. y Guidi C., *Manual del Contrato de Trabajo*, ob.cit., p. 279.

761 Dirección del Trabajo, 21 de noviembre de 1995 dictamen ord. N° 766/317. Citado por Vargas Miranda, R. Terminación del Contrato de Trabajo (primera parte), ob.cit., p. 393. Reconociendo dicha posibilidad: Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de diciembre de 2007, Rol 594-2007.

762 Corte Suprema, 23 de abril de 1992, Rol 5699; Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de enero de 2009, Rol 438-2008; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 853-1999 citados por Vargas Miranda, R., Terminación del Contrato de Trabajo (primera parte), ob.cit., p.393 y ss; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de octubre de 2005, Rol 159-2003; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de octubre de 2005, Rol 159-2005. En sentido contrario Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de diciembre de 2007, Rol 594-2007.

763 En esta línea Serri, Vivanco, Vargas, Thayer y Novoa.

se genere una asunción del texto de tal instrumento como contenido obligacional del Contrato de Trabajo, es decir, cuando se produzca una contractualización en un sentido obligacional, no bastando la mera referencia al mismo. De otro modo se generaría una obligación con una naturaleza ajena a la convencional, impuesta de manera unilateral, pero que da a lugar una hipótesis de despido que legalmente se causaliza en las obligaciones contractuales, contrariando el principio de indisponibilidad tipológica que rige en la materia.

c) El contenido ético y los deberes de conducta.

Para un sector de la doctrina, esta causal de término puede justificarse en el incumplimiento de aquellas obligaciones que emanan del contenido ético del contrato de trabajo, esto es, aquellas que naturalmente se entienden incorporadas a él, que no se señalan expresamente y que emanan principalmente de los deberes de conducta.

Sobre el punto, la doctrina laboral entiende que “el contenido ético jurídico no es sino el conjunto de derechos y obligaciones correlativas que regulan la relación entre trabajador y empleador, con el objeto de proteger ciertos bienes jurídicos de carácter ético, tales como la vida y el respeto recíproco”⁷⁶⁴, el cual está compuesto por: a) deber de respeto; b) deber de cuidado; c) deber de diligencia; d) deber de fidelidad; e) deber de probidad, los que justifican su existencia jurídica en el “artículo 1546 del código civil, en cuanto prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”⁷⁶⁵, cuestión que ha sido del todo validada por la jurisprudencia tanto para la creación de obligaciones, como para la justificación de incumplimientos de las mismas.⁷⁶⁶

764 Ugarte Cataldo, J.L., “El contenido del Contrato individual de Trabajo”, en *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, N° 94, noviembre, 1996, p. 18.

765 Thayer Arteaga, W. y Novoa Fuenzalida, P. *Manual de Derecho del Trabajo*, III, cita 185, p. 336

766 Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de noviembre de 2002, Rol 2954-2002. En similar sentido Corte Suprema, 31 de marzo 2004, Rol 1053-2003. Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de enero de 2005, Rol 1861-2003). Corte Suprema, 5 de agosto de 2011, Rol 9407-2010; Corte de Apelaciones de Rancagua, 3 de diciembre de 2001, Rol 3713-2001; Corte de Apelaciones de Concepción, 3 de marzo de 2006, Rol 3350-2005; Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de octubre 2004, Rol 8.624-2004; Corte de Apelaciones de Concepción, 3 de marzo de 2006, Rol N° 3.350-2005; Corte de Apelaciones de Iquique, 03 de septiembre de 2007, Rol 69-2007; Corte Suprema, 13 de mayo de 2008, Rol 1003-2008; Corte Suprema, 4 de diciembre de 2008, Rol 6.072-

En esta línea, se ha reconocido la existencia de “deberes de conducta” que refieren a “comportamientos impuestos, ínsitos del contrato de trabajo –propriadamente, elementos de su esencia– que tienen una connotación ética, introduciendo pautas axiológicas a su contenido obligacional propriadamente patrimonial”, a las cuales se denomina “obligaciones de solidaridad y colaboración” o “deberes de corrección social”, los que suponen que ninguna de las partes del contrato ha de incurrir en comportamientos determinados, en detrimento de la otra, con fundamento en la necesidad de posibilitar la pacífica coexistencia, procurando un uso amplio y provechoso de la regla de la buena fe, y tendiendo a precaver el riesgo de que la actividad o negligencia de un sujeto provoque perjuicios en la otra. Se agrega que “tal contenido obligacional ético a que se viene aludiendo, está llamado a ejercer una importante función normativa en el ámbito de las relaciones laborales, determinando, por una parte, la conducta que deben asumir los sujetos contratantes durante el desenvolvimiento de su vinculación y, por otra, la sujeción a múltiples deberes éticos, entre los cuales resulta pertinente aludir, en la situación de autos, al “deber de diligencia y rendimiento” impuesto al trabajador, que ha sido conceptualizado como una forma de colaboración que éste se encuentra obligado a prestar para la buena marcha de la empresa a que está vinculado, “que se concreta en la obligación de dar en su trabajo el rendimiento propio o normal del buen trabajador”, atendidas las funciones para que ha sido contratado”⁷⁶⁷.

El problema de tal configuración doctrinaria, reconocida pacíficamente por la doctrina y jurisprudencia –más allá de las críticas ideológicas y aprensiones teóricas que puedan realizarse a las ideas comunitarias que la sustentan⁷⁶⁸–, es que produce negativas consecuencias para el trabajador por cuanto su contenido queda indeterminado, pudiendo calificarse como incumplimientos de obligaciones de las que el trabajador no tenía conocimiento, sirviendo para encubrir hipótesis ficticias, todo de una manera imprecisa y que, bajo el influjo de tales planteamientos, genera una fuerte dependencia del trabajador más allá de la prestación obligacional patrimonial.

2008; Corte Suprema, 13 de junio de 2013, Rol 1242-2013; Corte de Apelaciones de la Serena, 7 de noviembre de 2013, Rol N° 119-2013; Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de noviembre de 2014, Rol 610-2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de noviembre de 2014, Rol 1276-2014.

767 Corte de Apelaciones de Concepción, 06 de septiembre de 2002, Rol 4082-2001.

768 Vid. Domínguez Montoya, A., “Análisis crítico al Derecho del Trabajo: entre el paternalismo y la emancipación”, en *Revista de Estudios Iusnovum*, N° 5, 2012, p. 45 y ss.; Martín Valverde, A., “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, en *Ideología y relaciones de trabajo*, Sevilla, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1978.

Esto último se acrecienta cuando observamos una verdadera asunción de “códigos éticos” y “manuales de conductas” que establecen comportamiento y compromisos concordantes a valores corporativos⁷⁶⁹, que mediante la noción del deber de obediencia, fidelidad, lealtad y deberes, podrían ingresar indirectamente al contrato de trabajo como un contenido obligacional derivado del contenido ético y el poder empresarial, debilitando la protección que pretende la regulación del despido.

Debemos recalcar aquí la crítica a tal supuesto, ya que de manera innegable dichas ideas han producido una “sobrecarga de deberes”, “vigorizando y ampliando las posibilidades de resolución del contrato por incumplimiento” que no hace más que extender la posibilidad de una resolución fundada en el mismo⁷⁷⁰. Como indicó en su oportunidad Alonso Olea, “caminar en otro sentido es, volver a resucitar tesis, que parecen definitivamente superadas, sobre el posible origen no contractual de la relación de trabajo”⁷⁷¹, volviendo a la fundamentación comunitaria o relacionista, subordinando al trabajador, en términos de fidelidad y lealtad, al señorío e intereses del nuevo señor feudal.⁷⁷²

En esta línea crítica, creemos que el contenido obligacional a que se refiere la causal legal en estudio es solo el contractualizado de manera expresa (el contrato y la ley) o de manera tácita (por la función laboral propia que desempeña el trabajador) en correlación a las obligaciones estipuladas, excluyendo los deberes de conducta identificados clásicamente con la lealtad, fidelidad y obediencia impuestos por el contenido ético del contrato de trabajo.

4. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEBE SER GRAVE

a) La gravedad y algunos criterios jurisprudenciales para su ponderación.

Se exige normativamente como elemento determinante en aplicación de dicha causal de despido la “gravedad” del incumplimiento

769 Vid. Calvo Gallego, J., *Código Éticos y Derechos de los Trabajadores. Una aproximación a la práctica en las empresas española*. Bomarzo. Albacete. 2008.

770 Alonso Olea, M. *El despido*, ob.cit., p. 122 y 123.

771 *Ibíd.*, p. 120 y ss.

772 Domínguez Montoya, A., “Análisis crítico al Derecho del Trabajo: entre el paternalismo y la emancipación”, ob.cit., p. 47.

que se invoca. No obstante, el legislador no ha formulado un concepto legal, siendo la jurisprudencia quien se ha encargado de fijar los criterios delimitadores. En términos muy concretos, la gravedad del incumpliendo se pondera en base a la magnitud, volumen, entidad o importancia de éste en correlación con posibilidad o imposibilidad de la continuidad de la relación laboral, siendo el despido la única respuesta posible en cuanto sanción. Lo anterior determina que el incumplimiento debe estar identificado claramente con la medida adoptada y que pueda ser probado, como así también vinculado estrictamente al contrato de trabajo.⁷⁷³

Es así que podemos observar una pluralidad de criterios jurisprudenciales para la calificación de la intensidad del incumplimiento, los cuales pueden resumirse en el carácter aislado de la situación⁷⁷⁴, si ésta afecta el funcionamiento y estabilidad de la empresa⁷⁷⁵, si genera un perjuicio económico⁷⁷⁶, la cantidad de años que el trabajador lleva prestando servicios para el empleador⁷⁷⁷, los antecedentes laborales del trabajador⁷⁷⁸, la gradualidad de la sanción (correspondencia entre la falta y su sanción)⁷⁷⁹, la conducta anterior del trabajador⁷⁸⁰, las funciones y responsabilidad del cargo⁷⁸¹, entre otros.⁷⁸²

Se ha resuelto por la jurisprudencia de manera uniforme que el incumplimiento debe ser de una magnitud o entidad tal que determine

773 Vid. González-Posada Martínez, E., “La noción de incumplimiento contractual grave y culpable en la Jurisprudencia”, en *El Despido Disciplinario*, Ediciones Cinca, Madrid, 2009, p. 113.

774 Corte de Apelaciones de Valdivia, 26 de agosto de 2008, Rol 70-2008. En similar sentido Corte de Apelaciones de Santiago 31 de julio 2002, Rol 5.072-2001. En similar sentido Corte Suprema, 30 de enero de 2006, Rol 2703-2005; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30 de abril de 2009, Rol 40-2009; Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de octubre de 2007, Rol 298-2007.

775 Corte de Apelaciones de San Miguel, 8 de junio 2004. Rol N° 34-2004. En similar sentido resolución Corte Suprema, 13 de agosto de 2002, Rol 1734-2002.

776 Corte Suprema, 13 de agosto de 2002, Rol 1734-2002; Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de septiembre 2002, Rol N° 4.082-2001; Corte de Apelaciones Concepción, 12 de Noviembre 2003, Rol 2954-2002; Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de julio de 2014, Rol 195-2014.

777 Corte Suprema, 29 de enero de 2007, Rol 2.498-2005.

778 Corte de Apelaciones de Rancagua, noviembre de 2011, Gaceta Jurídica, N° 281, pp. 172. Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de septiembre 2002, Rol 7.069-2001. En el mismo sentido Corte de Apelaciones de Concepción, Noviembre de 2002, Gaceta Jurídica N° 269, p. 186.

779 Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de junio de 2006, Rol 6329-2005.

780 Corte de Apelaciones de Valdivia, 26 de agosto de 2008, Rol 70-2008.

781 Corte de Apelaciones de Santiago, del 11 de abril de 2007, Rol 3754-2007.

782 Corte Suprema, 13 de agosto de 2002, Rol 1734-2002.

necesariamente el quiebre de la relación laboral, que afecte en esencia el acatamiento de las obligaciones de una de las partes⁷⁸³. Esto se vincula con el desempeño del trabajador y el contexto de la relación del trabajo, de la situación del trabajador en la empresa, el cargo y naturaleza de las funciones que desempeñaba, y la mayor o menor responsabilidad de la imputación formulada.⁷⁸⁴

De igual forma, se considera como criterio la conducta del trabajador, en cuanto hechos aislado o repetitivo, en relación a las labores propias del cargo.⁷⁸⁵

En este esquema se ha exigido que la falta disciplinaria afecte sensiblemente el funcionamiento de la empresa en que se trabaja⁷⁸⁶, que sea reiterada y que cause perjuicio al empleador⁷⁸⁷, debiendo necesariamente acreditarse el mismo, no siendo suficiente para justificar la terminación de la relación laboral cualquier falta a los deberes contractuales.⁷⁸⁸

De igual forma, y en el contexto anterior, ha de considerarse al momento de interpretar la procedencia y gravedad que necesariamente la única sanción posible frente al incumplimiento contractual sea el despido y no otra de menor intensidad⁷⁸⁹. Esto, porque el incumplimiento debe tener la magnitud de generar el quiebre en la relación laboral lo suficiente grave para justificar un despido⁷⁹⁰, en atención a que se priva al trabajador del derecho a indemnización⁷⁹¹ y que, en hipótesis de ilegalidad, conlleva una mayor indemnización⁷⁹².

783 Revista Gaceta Jurídica. Santiago de Chile. Octubre. 1983, p. 113 (Citada por Iturra Tapia, M. Aspectos laborales relacionados con el cheque con especial mención a la terminación del contrato de trabajadores bancarios, motivado en protestos de cheques personales. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 2007). Corte de Apelaciones de Valparaíso, Enero de 2000, Gaceta Jurídica N° 262, p. 169. En similar sentido Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30 de abril de 2009, Rol N° 40-2009. Corte Suprema, 30 de julio de 2008, Rol 2164-2008; Corte Suprema, 21 de octubre de 2008, Rol 5087-2008.

784 Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de noviembre 2004, Rol N° 4.377-2003.

785 Corte Suprema, 30 de enero de 2006, Rol 2703-2005.

786 Corte de Apelaciones de San Miguel, 08 de junio de 2004, Rol 34-2004.

787 Corte de Apelaciones de La Serena, 25 de agosto de 2010, Rol 82-2010.

788 Corte Suprema, 17 de noviembre de 2008, Rol 5635-2008.

789 Walker Errázuriz, Francisco, *Terminación del contrato de trabajo*. Cepet. Santiago. 1990. p. 52-53.

790 Corte Suprema, 4 de diciembre de 2008, Rol 6072-2008.

791 Corte Suprema, 14 de enero de 2008, Rol 6151-2007.

792 Corte de Apelaciones de San Miguel, 18 de abril de 2013, Rol 92-2013.

b) *La Gravedad y autonomía de las partes.*

Una de las principales observaciones que se han realizado por la doctrina en la caracterización del despido disciplinario es la vigencia del “principio de indisponibilidad tipológica”, esto es, que las causas justas de despido solo pueden ser establecidas por el legislador y no por las partes.⁷⁹³

Esta circunstancia determina que la calificación de gravedad de los incumplimientos contractuales se resuelva por tribunales de justicia, ya que de otro modo se estaría autorizando a las partes, y en particular al empleador, a establecer motivos causales de terminación del contrato.

En la jurisprudencia se ha discutido la posibilidad que las partes de común acuerdo (contrato de trabajo) o unilateralmente (reglamento interno) califiquen *a priori* la gravedad de un incumplimiento de determinadas obligaciones.

Una de estas interpretaciones entiende que las partes, en razón de la autonomía de la voluntad, pueden precisar por vía contractual cuando un incumplimiento tiene la gravedad suficiente para justificar la causal del despido en estudio⁷⁹⁴. En esta línea, se ha resuelto que las partes de común acuerdo le han dado tal carácter al incumplimiento por lo que, de otra forma, desconocer los términos estipulados por escrito sería omitir la clara y manifiesta intención que tuvieron al celebrar libre y espontáneamente el contrato⁷⁹⁵; no obstante, ésta no ha sido la posición dominante.

En concreto, la tesis mayoritaria indica que no corresponde que, por la vía de la estipulación contractual, se pretenda calificar *a priori* cualquier incumplimiento como constitutivo de una infracción grave a las obligaciones que impone el contrato, porque tal calificación compete exclusivamente a los tribunales de justicia en función de los hechos efectivamente acreditados en el curso del proceso.⁷⁹⁶

793 Gamonal, S. y Guidi C., Manual del Contrato de Trabajo, ob.cit., p. 277.

794 Corte Suprema, 14 de Abril de 1993, Rol 7.966. Citada por Iturra Tapia, M., Aspectos laborales relacionados con el cheque con especial mención a la terminación del contrato de trabajadores bancarios, motivado en protestos de cheques personales, ob.cit. p. 41.

795 Sentencia citada en Manual de Consultas Laborales y Previsionales. Santiago, Abril. 1997. p. 331 y ss. Iturra Tapia, M. Aspectos laborales relacionados con el cheque con especial mención a la terminación del contrato de trabajadores bancarios, motivado en protestos de cheques personales, ob.cit., 2007, p. 41.

796 Entre muchas otras: Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 3.497-9, Iturra Tapia, M., Aspectos laborales relacionados con el cheque con especial mención a la terminación del contrato de trabajadores bancarios, motivado en protestos de cheques personales, ob.cit.; Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de septiembre de 2000, Rol

Resulta determinante para la jurisprudencia el hecho de que el vínculo de trabajo sea considerado como un contrato de adhesión⁷⁹⁷, como así también el principio de irrenunciabilidad de derechos⁷⁹⁸, en la medida que aceptar la posibilidad de calificar el incumplimiento laboral grave sin una ponderación judicial conllevaría que finalmente quien detenta el poder dentro de la misma fije unilateralmente el contenido de su propio poder disciplinario. Incluso es más, dicha posibilidad puede significar infracción los artículos 160 y 5 del C.T. porque involucra ampliar el campo de las causales de terminación del contrato de trabajo⁷⁹⁹ más allá de los propios términos de tipología causal establecida por el legislador.

Este criterio ha sido compartido por la Dirección del Trabajo, quien ha resuelto reiteradamente que no existe inconveniente jurídico para que el empleador describa conductas que signifiquen, a su juicio, causales de término o caducidad del contrato de trabajo. No obstante, la determinación de si ellas encuadran o no en las causales previstas por la ley compete, en definitiva, a los Tribunales de Justicia.⁸⁰⁰

c) La gravedad y su impugnación mediante recursos de derecho.

Una cuestión debatida respecto del control judicial de dicha causal y su eventual impugnación, ha sido la de cuestionar ante tribunales superiores de justicia -mediante recursos de derecho como el Recurso de Nulidad⁸⁰¹- la calificación del despido por indebida o correcta aplicación del artículo 160 N° 7 del C.T., teniendo en cuenta si la gravedad del incumplimiento de la obligación es una cuestión de hecho o derecho.

1295-2000; Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre 2002, Rol 6.660-2001; Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de diciembre de 2002, Rol 6660-2002; Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de enero de 2006, Rol 2363-2005.

797 Corte Suprema, 30 de enero de 1995, Rol 6053. Citado en Ord. Dirección del Trabajo, N° Ord. N° 1753/40. En similar sentido Corte Suprema, 3 de septiembre de 2002, Rol N° 2.705-2002; Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de octubre de 2005, Rol N° 2.198-2005.

798 Corte Suprema, 17 de abril de 2000, Rol N° 2449-1999. Corte Suprema, 31 de mayo 2001, Rol 866-2001.

799 En un sentido similar Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de septiembre, Rol 1295-2000; Corte Suprema, 30 de enero de 2006, Rol 2703-2005.

800 Ord. No 1851/0085, 22 de mayo del 2001; Ord. N° 1753/40, 5 de mayo de 2003; En idéntico sentido Corte de Apelaciones de Arica, 15 de septiembre de 2008, Rol N° 94-2008.

801 Vid. Sobre la caracterización de tal recurso: Domínguez Montoya, A. y Mella Cabrera, P., "El Recurso de Nulidad Laboral", *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*. N° 229-230. año LXXIX. En-Dic, 2011, p. 121-170.

Al respecto, se ha dicho que la calificación “es una cuestión de hecho, cuya determinación queda entregada al prudente arbitrio judicial”⁸⁰². En tal sentido, la E. Corte Suprema ha indicado en reiteradas oportunidades que, debido a tal circunstancia, es imposible controlar su calificación mediante recursos que no tienen el alcance de control y discusión de prueba, como también la valoración de la misma. En tal supuesto, “lo pretendido es en definitiva, alterar los hechos asentados, modificación que no es posible por esta vía”, siendo el establecimiento de los hechos una cuestión que “corresponde a un facultad propia de aquellos jueces y no permite revisión por este medio, salvo que para concluir en determinado sentido se hayan transgredido las normas científicas, de la experiencia, técnicas o simplemente lógicas”⁸⁰³. En similar sentido se ha dicho que “(...) debe precisarse que el recurrente se limita a contrariar los hechos establecidos en el fallo atacado e intenta modificarlos (...). Tal reproche no es susceptible de revisión por esta vía, según lo ha decidido reiteradamente este tribunal, salvo que en la fijación de los hechos se hayan quebrantado las leyes reguladoras de la prueba, lo que no se advierte del mérito del proceso, ni ha sido denunciado en tales términos por el recurrente”⁸⁰⁴⁻⁸⁰⁵.

En esta variante existen diversos pronunciamientos que han entendido que la calificación del despido motivado por el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo es un materia susceptible de ser controlada mediante recursos de derecho por infracción a las reglas de la Sana Crítica⁸⁰⁶ o derechamente aplicando un control de ponderación de pruebas sobre la misma⁸⁰⁷. Actualmente, tal posibilidad se da mediante la vía impugnativa del Recurso de Nulidad Laboral, permitiéndose su control por la causal del artículo 478 letra b) de nuestro C.T., lo que ha llevado al tribunal de nulidad el establecer la ponderación de la gravedad

802 Thayer Arteaga, W. y Novoa Fuenzalida, P., *Manual de derecho del trabajo*, IV., ob.cit., p. 59.

803 Corte Suprema, 14 de enero de 2008, Rol 6151-2007. En similar sentido, pero en relación con el 478 letra c) del C.T., Corte de Apelaciones de Temuco, 11 de junio de 2015, Rol 72-2015.

804 Corte Suprema, 13 de mayo de 2009, Rol 1003-2008.

805 En esta línea jurisprudencial Corte Suprema, 18 de noviembre de 2003, Rol 3841-2003; Corte Suprema, 9 de abril de 2006, Rol 5192-2005; Corte Suprema, 28 de abril de 2005, Rol 5409-2004; Corte Suprema, 04 de diciembre de 2008, Rol 5593-2008; Corte Suprema, 31 de diciembre de 2008, Rol 7137-2008; Corte Suprema, 23 de septiembre de 2011, Rol 662-2011.

806 Corte Suprema, 13 de agosto de 2002, Rol 1734-2002; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 17 de octubre de 2005, Rol 40-2005. Corte Suprema, 9 de marzo de 1999, Rol 3612-1997; Corte Suprema, 9 de abril de 1991, Rol 3583-1991; Rol 6072-2008, 4 de diciembre de 2009;

807 Corte Suprema, 30 de octubre de 2006, Rol 2291- 2005.

en su respectiva sentencia de reemplazo.⁸⁰⁸

A nuestro entender, la cuestión es del todo compleja, por cuanto el sistema de recursos impugnativos en el ordenamiento procesal laboral se sostiene en los principios de inmediación y oralidad, que constituyen barreras insalvables para los efectos de que el tribunal de nulidad pueda directamente alterar los hechos, y en estricto rigor, realizar una nueva valoración de la prueba, a lo que debe agregarse la dificultad de determinar con exactitud el límite entre los hechos y el derecho.

Atendiendo las complejidades anteriores, creemos que dependerá de qué forma concurre el vicio de nulidad y la causal concurrente, lo que se diferenciará por la ponderación judicial de la totalidad o parcialidad de la prueba rendida.

En el caso de que el sentenciador no hubiese valorado la totalidad de la prueba rendida, esto es, cuando no hubiese ponderado los antecedentes probatorios que digan cuenta a criterios de determinación de la magnitud, volumen, entidad o importancia de la gravedad del incumplimiento⁸⁰⁹, se configuraría un vicio que permitiría anular la sentencia por infracción al sistema de valoración de la prueba, por cuanto, como bien lo ha resuelto la jurisprudencia, él no hace una valoración de todos los medios aportados por las partes, como la realiza en forma integral de las pruebas, limitándose a extractar solo aspectos parciales de los mismos, lo que configuraría una hipótesis subsumible en la causal del 478 letra b) del C.T.⁸¹⁰, puesto que la apreciación conforme a la sana crítica “conlleva el deber de analizar y evaluar todos los elementos de convicción que se aportan para solucionar el pleito”⁸¹¹. De igual forma, podría plantearse, sin cuestionar los hechos y de manera independiente, la causal 478 letra e) del C.T., en la medida que se omiten medios de pruebas.

808 Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de mayo de 2014, Rol 1783-2013; Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de diciembre de 2014, Rol 326-2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de enero de 2015, Rol 1256-2014. Corte de Apelaciones de Chillan, 11 de febrero de 2014, Rol 6-2014.

809 Carácter aislado de la situación, afectación del funcionamiento y estabilidad de la empresa, perjuicio económico, la cantidad de años que el trabajador lleva prestado servicios para el empleador, los antecedentes laborales del trabajador, correspondencia entre la falta y su sanción, la conducta anterior del trabajador.

810 Sentencia Corte de Apelaciones de la Serena, 03 de agosto de 2009, Rol 75-2009; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de enero de 2010, Rol 569-2009; Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de enero de 2010, Rol 70-2009; Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, 02 de septiembre de 2010, Rol 214-2010; Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, 19 de abril de 2010, Rol 58-2009; Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel. Fecha 16 abril de 2010, Rol 1-2010.

811 Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia, 14 de enero de 2010, Rol 88-2009.

Ahora, si efectivamente se ha ponderado la totalidad de la prueba rendida y se deduce lógicamente la conclusión que convence al sentenciador, la causal deberá enfocarse a la calificación jurídica de los hechos, esto es, al artículo 478 letra c) del C.T., y no a cuestionar la ponderación propiamente tal en cuanto al establecimiento de los hechos.⁸¹²

Justificamos⁸¹³ lo anterior en atención a que la calificación es una cuestión relativa a la asignación de un acto a una categoría jurídica, que conlleva identificar la naturaleza de los hechos probados, definir su esencia y propiedades características o bien la concreción de conceptos y estándares indeterminados. El “perímetro específico” de la causal busca “la impugnación de aspectos valorativos” cuando la precisión de elementos normativos no se agoten en la comprobación de hechos ni el mero contraste de éstos con los enunciados de la norma⁸¹⁴, que es precisamente la actividad que conlleva la calificación de gravedad del incumplimiento, la que, por lo demás, no es un hecho sino un grado de apreciación que recae sobre una experiencia constitutiva de un juicio de valor.⁸¹⁵

5. EL INCUMPLIMIENTO DEBE SER CULPABLE

Una interrogante que se formula sobre la causal en análisis es la posibilidad de exigir que el incumplimiento, además de grave, sea culpable. Si bien no ha existido claridad jurisprudencial sobre esto⁸¹⁶, desde un punto de vista dogmático, y partiendo de la base que el motivo de despido tiene una naturaleza disciplinaria, exige “una conexión entre la voluntad de aquel y el hecho que da lugar a la sanción”⁸¹⁷, que solo

812 En un sentido similar Corte de Apelaciones de Chillan, 1 de abril de 2013, Corte de Apelaciones de Chillan.

813 En adelante tomaremos los argumentos de Astudillo Contreras, O., El recurso de Nulidad Laboral. Algunas consideraciones técnicas, Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 129- 138. En especial p.134-138.

814 Ibid.

815 Ver fundamento 3° de sentencia fecha 5 de abril de 2011, Rol N° 1590-2010, dictada por Corte de Apelaciones de Santiago, citada por Astudillo Contreras, O. El recurso de Nulidad Laboral. Algunas consideraciones técnicas, ob.cit., p. 136 y ss. En similar sentido, pero en otros términos, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 15 de enero de 2014, Rol N° 167-2013.

816 Corte de Apelaciones de la Serena, 25 agosto 2010, Rol 82-2010. En sentido contrario Corte de Apelaciones de Iquique, 3 de septiembre de 2007, Rol N° 69-2007.

817 Aguilera Izquierdo, R. *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la*

puede ser imputable a una conducta culpable que se expresa mediante el dolo o culpa.

En efecto, la culpabilidad caracteriza de manera terminante no solo las causas generales del despido disciplinario, sino que va más allá y se extiende a toda causa y sanción disciplinaria del empleador. Incluso, si nos situamos en la fundamentación civilista del despido como resolución del contrato de trabajo, el incumplimiento debe ser necesariamente culpable por cuanto el despido atiende a la conducta del trabajador, pudiendo haber causales de justificación exculpatoria por aplicación directa de la dogmática del derecho de los contratos. Entenderlo de otro modo impediría el control judicial de aspectos subjetivos propios de la configuración de la causa. Por lo anterior, no se observa en qué medida debería excluirse como requisito copulativo para su concurrencia.

A propósito de la exigencia de culpabilidad, la doctrina ha señalado que el incumplimiento debe ser producto del dolo o culpa grave del trabajador, incluyendo causales de justificación del incumplimiento.⁸¹⁸

Estimamos que tal requisito se extiende a la posibilidad que la acción objeto de reproche no deba encontrar justificación por no ser exigible objetiva y racionalmente otra conducta al concurrir circunstancias peligrosas o razones poderosas que justifiquen el incumplimiento, posibilitándose el no cumplimiento deliberado de una obligación de forma justificada.⁸¹⁹

Esta posición encuentra fundamentación con base en lo que la doctrina ha denominado “derecho a la resistencia”, “derecho a la desobediencia legítima” o *ius resistentiae*, que nace como excepción al principio *solvet et repete* contextualizado en la oposición justificada de una orden⁸²⁰ enmarcado en la doctrina de la obediencia justa⁸²¹. Este derecho se extiende no solo a las órdenes e instrucciones, sino también a todo el espectro de la relación laboral como una forma de defensa de los intereses legítimos y derechos propios del trabajador, alcanzando a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones que impone el contrato de trabajo.

Jurisprudencia, Aranzadi Editorial. Madrid. 1997. p. 47 y ss.

818 Gamonal, S. y Guidi C., *Manual del Contrato de Trabajo*, ob.cit., p. 279.

819 Vid. González-Posada Martínez, E., “La noción de incumplimiento contractual grave y culpable en la Jurisprudencia”, ob.cit., p. 118.

820 Contextualizando tales nociones y conceptos en el despido Vid. Aguilera Izquierdo, R., *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la Jurisprudencia*, ob.cit., Capítulo II “*Causas de despido disciplinario relativas al deber de disciplina en el trabajo o deberes conexos al mismo*”; Guerrero Ostolaza, J.M., “La desobediencia e indisciplina en el trabajo”, en *El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca, Madrid, 2009, p. 127-145.

821 Montoya Melgar, A., “Dirección y Control de la actividad laboral”, en *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores*, Tomo V., Ed. Edersa, Madrid, 1985, p.138.

6. OPORTUNIDAD

Respecto de la oportunidad del despido por el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, rige el principio de inmediatez en la materialización de la sanción disciplinaria⁸²², debiendo ser la extinción efectuada en un breve y determinado período.⁸²³

En el contexto chileno, si bien su configuración posee un carácter normativo⁸²⁴, la ley laboral “en una grave omisión”⁸²⁵ no ha establecido un plazo para su ejercicio, siendo la jurisprudencia quien ha introducido la noción de “perdón de la causal” o “condonación de la falta” para delimitar la temporalidad de ejercicio. Se define tal institución como la “prerrogativa del empleador en orden a no poner término a la relación laboral cuando el trabajador ha incurrido en una causal que justifique su despido”.⁸²⁶

Para la E. Corte Suprema, en la construcción de dicha teoría confluyen las ideas de la voluntad presunta y consolidación de situaciones, en la medida que “si el empleador nada hace para sancionar la falta o conducta perpetrada por el trabajador dentro de un período más o menos inmediato o cercano a su comisión, se presume su voluntad de perdonarla”, lo que también concurre “si aplicó una sanción de menor entidad, caso en el que se entremezclaría con el principio *non bis in ídem*”.⁸²⁷

Siguiendo a Montoya Melgar, podríamos sostener que la pasividad o tolerancia del empresario ante faltas continuas y conocidas crean un sentimiento de confianza en el infractor, por lo que, si empleador decide sancionar, debe manifestarlo expresamente comunicando al trabajador tal deseo, el cual se puede presuponer con la iniciación de una investigación que evidencia que éste ha salido de su inactividad ofreciendo la posibilidad de defensa, ya que de otro modo estaríamos ante una hipótesis de mala fe consistente en el retraso desleal en la

822 Sobre el punto ver Fernández Toledo, R. “La inmediatez en el ejercicio del poder disciplinario empresarial: perdón de la causal”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 5, N° 9, 2014, p. 243-258 y Fernández Toledo, R., “El poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente”, ob.cit., p. 445 y ss.

823 Rojas Miño, I., *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*, ob.cit., p. 427.

824 Fernández Toledo, R., “El poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente”, ob.cit., p. 447.

825 Gamonal, S. y Guidi C., *Manual del Contrato de Trabajo*, ob.cit., p. 278.

826 Corte Suprema, 29 de noviembre de 2005, Rol N° 4.100-2004.

827 Por todos ver Corte Suprema, 23 de julio de 2014, Rol 12514-2013.

imposición de una sanción⁸²⁸. El inconveniente en nuestro modelo se da en la ausencia de norma expresa que consagre la exigencia de comunicar el inicio de un procedimiento de investigación previo a la imposición de la sanción disciplinaria.

No obstante, siguiendo a Fernández, creemos que existen argumentos suficientes para sostener lo contrario, proyectando la garantía del debido proceso (19 n° 3 de nuestra Constitución Política) sobre el ejercicio del poder disciplinario del empleador⁸²⁹ y en concreto el derecho de defensa previo a la imposición de una sanción disciplinaria.⁸³⁰

Atendiendo el principio de buena fe y la naturaleza del despido disciplinario, esto es, por constituir una verdadera sanción privada con funciones equivalentes a las penas penales, como así también al hecho mismo de sancionar antes que a la calidad del sujeto, impone “el derecho de defensa del trabajador previo a la imposición de la sanción disciplinaria”. Este derecho se expresa en el conocimiento de la imposición de una sanción antes de su aplicación, con el objeto de permitir su defensa ante los cargos formulados contra él, a fin de exonerarse la responsabilidad atribuida o disminuir la intensidad de la sanción⁸³¹, como bien se ha reconocido a nivel internacional⁸³², puesto que de otro modo se dejaría al trabajador en indefensión.

Por otro lado, en el contexto planteado, un problema esencial será el determinar la ponderación de la inmediatez en el ejercicio de la sanción, en orden a conocer cuándo el silencio resulta o no significativo, al grado de constituir una condonación de la causal de despido.

Sobre el punto existe consenso jurisprudencial en que es necesaria una inmediatez⁸³³ pero tampoco una prolongación excesiva de la sanción⁸³⁴. La jurisprudencia ha entendido como tiempo razonable para el ejercicio del poder sancionatorio un lapso de 30 días⁸³⁵, teniendo siempre como presupuesto que el empleador esté en conocimiento de los hechos que configuran la causal de despido y se genere pasividad

828 Vid. Montoya Melgar, A. *La buena fe en el derecho del trabajo*. Tecno. Madrid, 2001, p. 84 y 85.

829 Fernández Toledo, R. *El poder disciplinario del empleador*, ob.cit., p. 274 y ss.

830 *Ibíd.*

831 *Ibíd.* p. 280 y ss.

832 Artículo 7 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo y los párrafos 7, 8, 9, 10, 11 y 13 de la Recomendación 119 sobre la terminación de la relación de trabajo de 1963, del mismo organismo.

833 Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de abril de 2008, Rol 166-2008.

834 Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de junio de 2006, Rol 6329-2005.

835 Corte Suprema, 2 de diciembre de 2010, Rol 6.161-2010. Corte de Apelaciones de Rancagua, 01 de julio de 2010, Rol N° 76-2010.

de su parte⁸³⁶. De la misma forma, se puede deducir un perdón tácito si el empleador manifiesta expresamente una conducta que supone una nueva oportunidad al trabajador.⁸³⁷

En otra línea, a propósito de la inmediatez en la materialización del poder disciplinario, aparece una interrogante respecto de la oportunidad en su ejercicio frente a hipótesis de carácter permanente, como lo podría ser el atraso reiterado. Indica al respecto un sector de la doctrina que el devenir del tiempo no implica perdón de la conducta, aún más cuando ésta no es grave, pero su habitualidad y proyección termina por configurar un incumplimiento de tal intensidad.⁸³⁸

En este punto diferimos, puesto que la conducta punible en estricto rigor se debe analizar y ponderar en la oportunidad de su concurrencia. Por lo mismo, la responsabilidad derivada de la misma se determina una vez que sea constatada, aplicándose una sanción de naturaleza conservativa del contrato cuando no se cumple con la tipología propia de la causal de despido. Incluso es más, una vez que se aplique una sanción, se extingue el poder disciplinario respecto de dichos hechos, ya que de otro modo se vulneraría los límites del poder disciplinario del empleador, en concreto el principio de *non bis in ídem*.⁸³⁹

7. FORMALIDADES

En cuanto a las formalidades de despido, el artículo 162 del C.T. regula tal situación. Cuando sea el empleador quien invoque la causal contenida en el artículo 160 N° 7 del C.T. deberá comunicarlo por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda, teniendo un plazo de 3 días hábiles para informar. Deberá enviarse copia del aviso mencionado en el inciso anterior a la respectiva Inspección del Trabajo, dentro del mismo plazo.

836 Corte Suprema, 1 de junio de 2010, Rol 1627-2010.; Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de enero de 2015, Rol 1116-2014; Corte de Apelaciones de Iquique, 7 de febrero de 2011, Rol 104-2010.

837 Gamonal, S. y Guidi C., *Manual del Contrato de Trabajo*, ob.cit., p. 278.

838 Fernández Toledo, R., “El poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente”, ob.cit., p. 278.

839 En Chile ver Fernández Toledo, R., “Límites del poder disciplinario del empleador. Principios “non bis in ídem” y de proporcionalidad en la imposición de sanciones laborales”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4 (2014).

Sobre la especificación que debe tener el contenido de la carta de despido, entendemos que el empleador dispone de una sola oportunidad previamente determinada para detallar los motivos de su despido, en la que debe señalar la causal de despido y los hechos en que se funda de manera detallada y específica. Si no lo hace se encontrará privado de invocarlos en un juicio posterior. Por el contrario, si pudiera invocarlos en su reclamo ante la Inspección del Trabajo o en una eventual contestación ante los tribunales de justicia, se dejaría al trabajador en la absoluta indefensión, al no tener la posibilidad de rebatirlos y desvirtuarlos por no haber sido conocidos con anterioridad, vulnerando el debido proceso.

En este sentido, nuestra jurisprudencia ha dicho que el solo hecho que el empleador omita precisión y especificación en los hechos fundantes convierte al despido en injustificado, según lo dispuesto en el artículo 162 y 454 del C.T.⁸⁴⁰

Por su parte, la E. Corte Suprema ha indicado que la carta, además de indicar la causa legal, debe señalar “los hechos, conductas, comportamientos y circunstancias que la o las configuran”. En directa relación con lo anterior, la prueba que debe recaer en procedimiento sobre despido indebido o injustificado debe versar únicamente sobre los hechos que se ha imputado al trabajador en la comunicación exoneratoria, quedando así vedado para el empleador alegar hechos distintos en el transcurso de la impugnación.⁸⁴¹

8. IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO Y PROCEDIMIENTO

En cuanto a las reglas procedimentales bajo las que se va a sustanciar la acción destinada a discutir la aplicación justificada o injustificada de la causal, en principio se regirá conforme a las reglas del procedimiento ordinario laboral.

En el caso que exista un despido pluricausal, en el que se produzca una vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, se regirá conforme a las normas del procedimiento de tutela, debiéndose interponer la acción por despido injustificado (indebido) de manera subsidiaria a la acción de despido vulneratorio de derechos fundamentales, según lo ordenado en el artículo 489 del Estatuto Laboral.

840 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de junio de 2009, Rol N° 148-2009; Corte de Apelaciones de San Miguel, 24 de septiembre de 2007, Rol N° 279-2007; Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de septiembre de 2005, Rol N° 8708-2004.

841 Ver Corte Suprema, 9 de junio de 2015, Rol N° 19352-2014.

El trabajador despedido tendrá un plazo de 60 días para impugnar el despido, el que puede verse suspendido por interposición de reclamo ante la inspección del trabajo correspondiente, el cual no podrá superar 90 días.⁸⁴²

Se ha planteado, con base en la redacción de la norma, la exigencia de identidad sustancial entre lo reclamado en la Inspección del Trabajo y lo demandado posteriormente en los Tribunales de Justicia, en el sentido que, de no haber correspondencia en ambas oportunidades, esto es, de no haber reclamado de la legalidad del despido en la instancia administrativa, no podrá alegarse posteriormente la suspensión del plazo para interponer la demanda por despido injustificado, improcedente o indebido.

La E. Corte Suprema, pronunciándose sobre el punto, ha indicado que el artículo 168 del C.T. supone que la gestión en sede no jurisdiccional tiene como objetivo la prevención de conflictos, de manera que los términos del reclamo deben corresponderse con los sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia para que se entienda que genera suspensión, de manera que, de no verificarse la misma, no puede operar la suspensión consagrada en la ley, toda vez que el sentido de la prórroga es evitar la intervención de la judicatura sobre los precisos y determinados puntos mediante la obtención de una solución extrajudicial.⁸⁴³

Ahora, si bien se exige la correspondencia entre ambos, creemos oportuna la necesidad de determinar el grado de identidad que debe exigirse entre el reclamo en la Inspección del Trabajo y la demanda interpuesta en Tribunales de Justicia.

Sobre el punto, es útil tener presente que el “concepto reclamo” no ha sido definido legalmente, por lo que debe entenderse en su sentido natural y obvio, esto es, como una reclamación contra lo que es injusto, y que según los propios términos de la ley, y como así también lo ha entendido la jurisprudencial, se encuentra conformado por una serie de actuaciones y diligencias que permiten calificarlo como un acto complejo⁸⁴⁴ y que, por lo mismo, no habrá que estar a la literalidad de los términos utilizados en su formulación, sino que las diversas actuaciones y conceptos contemplados, para así develar su verdadero alcance. En este contexto, en el evento en que se requiera la intervención de la autoridad administrativa, y se observe de los conceptos y prestaciones reclamadas que se ha solicitado la satisfacción de todos y cada uno de los aspectos

842 Artículo 168 del C.T.

843 Corte Suprema, 20 de abril de 2009, fallo Rol N° 7805-2008.

844 Corte Suprema, 20 de septiembre de 2011, Rol N° 2027-2011.

propios del fin de la relación laboral, se debe entender “de manera inequívoca e indubitable” que también se reclama por la determinación de la causal, que conforme a la ley, tenga la capacidad de poner término al referido vínculo⁸⁴⁵. Una interpretación contraria a la propuesta conllevaría el exigir un conocimiento técnico al trabajador que no tiene, lo que consecuentemente vulneraría el principio protector en sus diversas manifestaciones.

En la misma línea se produce un debate similar, ya que de acuerdo con el inciso segundo de su artículo 489 del C.T., la denuncia de tutela con motivo del despido deberá interponerse dentro del plazo de sesenta días contados desde la separación, “que se suspenderá en la forma a que se refiere el inciso final del artículo 168”. No parece posible aplicar esa limitante “desde que la vulneración puede llegar a ser tan amplia como la inconmensurabilidad de los derechos esenciales del trabajador y, por lo tanto, no es reductible a las causales de despido contempladas en el Título V del Libro I del cuerpo de leyes permanentemente citado, que hayan sido invocadas como legitimantes de la exoneración”. Por lo mismo, el reenvío que efectúa el artículo 489 en su inciso segundo, al 168 en su parte final, ambos del C.T., lo es exclusivamente a la forma y no a la substancia, habida cuenta la imposibilidad de cotejo, en este plano, entre ambas normas, conforme antes se ha intentado dejar explicado.⁸⁴⁶

9. REPARACIÓN

Respecto a los efectos de su aplicación, ésta no da derecho a indemnizaciones por término de la relación laboral. No obstante, en el caso que los tribunales de justicia estimen que la causal es indebida, el juez condenara al empleador al pago de la indemnización por término de la relación laboral, esto es, una indemnización sustitutiva de aviso previo y por años de servicio, viéndose esta última incrementada en un 80%.⁸⁴⁷

Sobre la posibilidad de acumular una acción indemnizatoria de perjuicios morales por los daños producidos con ocasión del despido

845 Es la interpretación de Corte Suprema, sostenida en fallo de fecha 20 de abril de 2009, Rol N° 7805-2008.

846 Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de julio de 2013, Rol N° 790-2013. Se agradece al profesor Raúl Fernández Toledo por la facilitación de dicha sentencia y sus comentarios al respecto.

847 Artículo 168 del C.T.

indebido, estimamos que existe absoluta compatibilidad, ya sea que se invoque conjuntamente con la acción de despido injustificado o conjuntamente con la acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales, más aún cuando el recargo del 80% constituye una indemnización sanción, constitutiva de una pena.⁸⁴⁸

En la primera hipótesis, esto es, la acumulación de una indemnización de perjuicios morales producidos con ocasión del despido indebido con el incremento contemplado en el artículo 168 del C.T., como bien ha resuelto recientemente la Jurisprudencia de la E. Corte Suprema, no “se divisaría razón para, en la encrucijada, cerrar la puerta del procedimiento de general aplicación por causa de despido indebido, improcedente o injustificado, al anhelo reivindicatorio del mal moral”⁸⁴⁹, dejando atrás la tesis de la imposibilidad de demandar en sede laboral el resarcimiento de los perjuicios morales por terminación del contrato de trabajo.⁸⁵⁰

En la misma línea, no vemos inconveniente en acumular una acción por daño moral deducida con una acción por despido vulneratorio de derechos fundamentales con ocasión de un despido en el contexto de la impugnación de un despido fundada en el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo. Lo anterior, ya sea cuando ésta conlleve una hipótesis pluricausal o bien de falsas imputaciones, que tenga como consecuencia un perjuicio de naturaleza moral en el trabajador despedido, por cuanto, como bien se ha dicho, las indemnizaciones de 6 a 11 remuneraciones contempladas en el artículo 489 del C.T. son de naturaleza punitiva o sancionatoria⁸⁵¹, por lo que en ningún momento logran resarcir el perjuicio de naturaleza moral producido por el despido vulneratorio de derechos fundamentales.

Una interpretación que restrinja dicha acción o que promueva la incompatibilidad contraría el principio constitucional de reparación integral del daño⁸⁵², máxime si la infracción en que se funda la acción de

848 Rojas Miño, I, “La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n. 41, p. 107-143, dic. 2013, p. 142.

849 Corte Suprema, 7 de octubre de 2014, Rol 2746-2014.

850 Para una mayor profundización ver Gamonal Contreras, S., *El daño moral en el contrato de trabajo*, Legal Publishing, Santiago, 2007; Gamonal Contreras, S., “Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 39, diciembre 2012.

851 Ugarte Cataldo, J.L., *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Legal Publishing. Santiago, 2009, p. 90; Ugarte Cataldo, José Luis. *El derecho a la no discriminación en el trabajo*. Thompson Reuters. Santiago, 2013, p. 84 y ss. En sentido contrario Gamonal Contreras, S. *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. LexisNexis. Santiago. 2008, p. 39; Gamonal, S. y Guidi C., *Manual del Contrato de Trabajo*, ob.cit., p. 316.

852 Domínguez Águila, R., “Reparación del daño moral por despido injustificado”, en

tutela se encuentra en un derecho fundamental distinto a la integridad síquica y física del actor. De ser así, no solo se afectaría el mentado principio de reparación integral, sino también el de tutela judicial efectiva.

Aún más, incluso la doctrina, que entiende que la indemnización contemplada en el procedimiento tiene por objeto resarcir los perjuicios morales⁸⁵³, indica también que hay casos excepcionales en los cuales debe ser complementada con una indemnización adicional⁸⁵⁴ cuando ésta no logra resarcir la totalidad de los perjuicios causados por su tarificación. Sin compartir la idea de naturaleza moral tarifada de esta indemnización, creemos lógica la excepción propuesta por la doctrina, más aún si la cuantificación del perjuicio se determinará por la remuneración del trabajador y no por el perjuicio efectivamente sufrido, lo cual constituye un argumento más para rechazar la idea de una naturaleza reparadora de la indemnización contemplada en el 489 del C.T.

10. DEL AUTO DESPIDO O DESPIDO INDIRECTO FUNDADO EN EL INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES PATRONALES EN CHILE

A) Motivos fundantes del despido indirecto por incumplimiento grave de las obligaciones patronales.

Como se señaló en párrafos anteriores, en nuestro ordenamiento jurídico esta causal también puede ser utilizada por el trabajador para poner término a su contrato de trabajo mediante la fórmula del despido indirecto, fundado en el incumplimiento de las obligaciones patronales como lo indica el artículo 171 inciso 1° del C.T.

Al no existir una definición general de cuáles y que características han de tener los incumplimientos que justifican la extinción del vínculo contractual, esta será determinada esencialmente por factores de gravedad y naturaleza de la obligación, que como ya se observó, son elementos esenciales en la interpretación del concepto jurídico indeterminado de “incumplimiento de obligaciones”. Es así que podemos hablar de

Revista Chilena de Derecho, 25, 2, 1998, p. 441.

853 Gamonal Contreras, S. El procedimiento de tutela de derechos laborales, ob.cit., pp. 39; Gamonal, S. y Guidi C., Manual del Contrato de Trabajo, ob.cit., p. 316.

854 Gamonal Contreras, S., “Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno”, ob.cit., p. 174.

un sistema genérico, amplio y no taxativo de los incumplimientos que pueden fundamentar la ruptura del vínculo contractual por voluntad del trabajador. Sobre el punto comentaremos algunos de mayor importancia y aplicación práctica según la jurisprudencia.

a) *No otorgar el trabajo convenido.*

El deber de ocupación efectiva trata de una obligación eminentemente contractual, debiendo el empleador facilitar la ejecución de las labores y suministrar los medios idóneos para el cumplimiento de este fin, llevando a cabo todas aquellas tareas consideradas indispensables para el normal desenvolvimiento del vínculo laboral⁸⁵⁵. La doctrina señala que consiste en un deber integrante del contrato de trabajo, resultando del todo evidente que si la prestación de servicios es un elemento de la esencia del contrato de trabajo, sino se exige por parte del empleador o se dificulta, no se está en presencia de una relación laboral.⁸⁵⁶

Desde otro ángulo, también se describe como un derecho, entendido como la facultad del trabajador para realizar efectivamente los servicios para los cuales fue contratado por el empresario, y en consecuencia éste se encuentra obligado a proporcionar dicho trabajo convenido.⁸⁵⁷

Sobre tal incumplimiento, la jurisprudencia se encuentra uniforme en considerar que la falta de ocupación efectiva y adecuada del trabajador es un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo. La Corte Suprema, en un citado fallo, señaló: “los actores se desempeñaban como empleados de la recurrente, empresa de arrendamiento de vehículos, y en la fecha que indican pusieron término en forma indirecta a sus contratos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 19.010, pues la empresa recurrente había retirado los vehículos del establecimiento comercial, privándoles de sus elementos de trabajo”.

855 Vargas Miranda, Rafael. *Terminación del Contrato de Trabajo* (primera parte), ob. cit., pág. 386.

856 Ugarte Cataldo, José Luis. “*El contenido del Contrato individual de Trabajo*”, Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, N° 94, noviembre 1996, pág.21.

857 Para Héctor Hugo Barbagelata, el empleador debe “Proporcionar al trabajador, ocupación efectiva en la calidad y cantidad que corresponda en cada situación, cuando la no realización de tareas del cargo, afecte su buen nombre, su prestigio dentro o fuera del establecimiento, perjudique la cualificación o impida adquirirla o superarla, y en toda otra situación que afecte sus derechos sindicales, o la dañe moral o patrimonialmente”. Barbagelata, Héctor-Hugo, “*Derecho del Trabajo*”, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, pág. 191.

El mismo fallo afirma que “en todo contrato de trabajo es obligación esencial del empleador pagar la remuneración pactada. Sin embargo, no es la única. También corresponde a un deber inherente a tal clase de convención la obligación que contrae el empleador de proporcionar al trabajador las labores convenidas”⁸⁵⁸, estimando el tribunal que tal constituye una infracción grave que justifica el término indirecto del contrato por el artículo 160 N° 7 del C.T.

Igualmente se ha dicho que “si el empleador no otorga los medios para que el trabajador desarrolle sus servicios porque le niega el trabajo convenido incurre en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales”⁸⁵⁹.

Se trata así que el empleador no puede, bajo el pretexto de mantener la remuneración, dejar al trabajador en una inactividad más o menos prolongada, ya que esa situación es intolerable tanto desde el punto vista contractual como de la dignidad del trabajador. Incluso entendemos que, unido a otros factores, la falta de ocupación constituye una conducta hostigadora típica del acoso laboral. En la hipótesis anterior el empresario está incumpliendo una obligación contractual, y por ende, surge el derecho para el trabajador para obtener el cumplimiento efectivo de su derecho⁸⁶⁰ e incluso optar por despido indirecto, constituyendo una hipótesis típica de la norma en cuestión.⁸⁶¹

b) No pago de remuneraciones.

Respecto a otros graves incumplimientos se encuentra el no pago de las remuneraciones. El artículo 10 N° 4 del C.T. establece que el contrato de trabajo debe contener, a lo menos, el monto, forma y período de pago de la remuneración acordada. Por su parte, en cuanto a la periodicidad

858 Sentencia Corte Suprema de fecha 04/04/2007, GJ 322, pp. 365-369. Reconociendo la obligación de ocupación efectiva Corte Suprema, Rol 4125-04, 30 de Noviembre de 2005.

859 Corte Suprema, 16 de marzo de 2000, Rol 2769-99.

860 En una sentencia del año 2010, se estableció como causal de incumplimiento, el no haber otorgado el trabajo convenido a la demandante, y no haber adoptado las medidas pertinentes para que cese la conducta hostigadora (a la actora la dejaron sentada en su mesa de trabajo sin asignarle labor alguna). 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT N° T-38-2009, 11 de enero de 2010.

861 En este sentido la doctrina chilena ha dicho que el trabajador tiene derecho a “exigir a su empleador que le proporcione los elementos necesarios para la prestación de los servicios y le impone una prohibición al empleador de dejarlo inactivo, salvo que exista caso fortuito o fuerza mayor u otra causa eximente de responsabilidad”. Gamonal Contreras, Sergio y Guidi Maggia, Caterina. *Fundamentos de Derecho Laboral*. Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2008, pág. 54.

en el pago de la remuneración, el artículo 55 del C.T., establece que ésta no podrá exceder de un mes.

Sobre el punto, y como lo señala la doctrina más autorizada, debemos afirmar que la obligación de remunerar por los servicios prestados, junto con la obligación del trabajador de prestar servicios, constituye el objeto y causa del contrato de trabajo y, además, son las obligaciones principales del contenido económico-patrimonial del mismo, constituyendo éstas “un deber principal y fundamental”⁸⁶². En efecto, según Nadal y Urzúa, y en relación con este punto, señalan que constituye incumplimiento grave el atrasarse indebidamente en el pago de las remuneraciones, siendo éste, en relación con el artículo 44 del C.T., un periodo máximo de un mes dentro del que se debe pagar.⁸⁶³

En este sentido, la Corte Suprema resolvió que “recurriendo al concepto de contrato individual de trabajo, definido legalmente como una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada, resulta que la principal obligación del empleador, aunque no la única, es la de pagar la remuneración, al punto que el artículo 10 N° 4 del Código Laboral señala como estipulación del contrato de trabajo Monto, forma y período de pago de la remuneración acordada”.⁸⁶⁴

En la misma línea, la jurisprudencia ha sido uniforme en entender como incumplimiento grave el no pago de la remuneración⁸⁶⁵. Por

862 Ugarte Cataldo, José Luis, *El contenido del Contrato individual de Trabajo*, ob. cit., pág. 17.

863 Nadal Serri, Daniel; Urzúa Urrutia, Mario. *Diccionario razonado para la aplicación de la ley N° 19.010, de 1990, sobre la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo*. En Manual de Consultas Laborales y Previsionales, año VII, N° 84, Santiago, mayo 1992, pág. 69; Barahona Estay, Francisca, *Despido Indirecto*, ob. cit., pág. 73 y ss.

864 Corte Suprema, 13 de Julio del 2006, Rol 5633-2004.

865 Así la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia Rol n° 3767-2007 señaló: “4°.- Que en la especie se produjo la situación que describe el artículo 171 del código, toda vez que doña Johanna Andrea Ormeño puso término al contrato de trabajo que la unía a la demandada desde el 22 de abril de 2003, basada en que ésta incumplió gravemente sus obligaciones, configurando la causal 7ª del artículo 160, primeramente porque no le proporcionó trabajo desde el 30 de octubre de 2.007 en adelante, porque, consecuentemente, dejó de pagarle las remuneraciones desde esa fecha y, por último, porque tampoco le cotizó provisionalmente a partir de entonces. En razón de ello, solicita se declara que el término de la relación laboral, por iniciativa suya, está revestido de justificación; que, por lo mismo, debe indemnizársela de acuerdo con el artículo 171 inciso primero; y que por no habersele integrado las cotizaciones antes aludidas, debe someterse a la ex empleadora a la carga de los incisos quinto a séptimo del artículo 162.” En similar sentido, señalan nuestros Tribunales Superiores de Justicia de manera reiterada que: “el incumplimiento en el pago íntegro y oportuno no sólo constituye un ilícito contractual, sino también legal, en cuanto importa la infracción de deberes fundamentales

otra parte, cabe tener presente que “no todo atraso en el pago de las remuneraciones puede justificar la terminación de un contrato por causas imputables al empleador, pero si lo justifica, por su gravedad, el hecho que el trabajador se haya visto obligado a accionar ante los tribunales de justicia y recurrir ante las autoridades del trabajo”⁸⁶⁶.

c) No pago de cotizaciones previsionales.

Las mismas conclusiones pueden extraerse del retraso o derochamente falta de pago de las cotizaciones previsionales. Señala nuestro excelentísimo tribunal que “se puede advertir que la omisión del empleador de enterar dicha cotización ante la institución previsional respectiva, reviste un incumplimiento de la obligación que impone al contrato de trabajo, consistente en el pago íntegro y oportuno de la remuneración de su trabajo en el sentido antes expresado, tal incumplimiento puede revestir la gravedad suficiente, cuando el empleador sea contumaz en su conducta”⁸⁶⁷, reafirmando tal criterio al señalar que “independiente de la posibilidad de declarar y pagar con posterioridad las cotizaciones previsionales del trabajador, ello, en caso alguno, implica cumplimiento de las obligaciones laborales, pues los dineros se han retenido de las remuneraciones del dependiente y constituye obligaciones del empleador enterarlas en los organismos pertinentes mensualmente”⁸⁶⁸.

del empleador, que son de tal entidad, que constituyen justa causa de término del contrato cuando estos retrasos no son esporádicos u ocasionales sino permanente y reiterados, es de lógica que el trabajador adopte medidas que dicen relación con sus intereses y los de su grupo familiar y no obsta a ello, la circunstancia de asumirla en cualquier momento, toda vez que es razonable pensar que cuando lo ha hecho, es porque ya su situación salarial no ha podido resistir más...” Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 11 de julio de 2003 en Manual de Consultas Laborales y previsionales N° 277, p. 276-279. En similar sentido Corte de Apelaciones de Santiago sentencia del 02 de enero de 2007 en Manual de Consultas Laborales y previsionales N° 319, pág. 360-362.; Corte de Apelaciones de Concepción del 01 de junio del 2007, Rol N° 3286-2006 y del 05 de noviembre de 2007; Corte Suprema en sentencias: 22 de Septiembre de 2003 en Fallo del Mes 514, pp. 2567-2570; 02 de Noviembre de 2004 en Manual de Consultas Laborales y previsionales N° 237, pág. 137-138.

⁸⁶⁶ Corte Suprema, 03 de octubre de 1979, citado por Thayer, William y Novoa Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo*, tercera edición, Santiago Editorial Jurídica, T.III, pág. 112 y ss.

⁸⁶⁷ Corte Suprema, fecha 24 de noviembre 200, en Fallos del Mes N° 504, pág. 4252-4254. En similar sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, fecha 29 de mayo de 2008, Rol 5058-2007; Corte de Apelaciones de Santiago, fecha 14 de diciembre 2007, Rol 32-2007; Corte de Apelaciones de Concepción fecha 26 de septiembre de 2007, Rol N° 305-2007.

⁸⁶⁸ Sentencia Corte Suprema, de fecha 04 de Mayo del 2006, Rol 4562-2004. En similar sentido en sentencia de fecha 13 de agosto de 2002 en Fallos del Mes N° 501,

Cabe tener presente que la expresión Cotizaciones Previsionales que el legislador utilizó en el inciso quinto del artículo 162 del C.T. incluyó en ellas las de salud, seguro de cesantía y previsionales.⁸⁶⁹

Estas infracciones son de suma gravedad por cuanto constituyen, por una parte, un delito consagrado en el artículo 13 de la Ley 17.322, el que señala: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12 y 14 de esta ley, se aplicarán las penas del artículo 467 del Código Penal al que en perjuicio del trabajador o de sus derechohabientes se apropiare o distrajere el dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajador”⁸⁷⁰. En este punto, se debe tener en consideración que se ha estimado que se consuma el delito al proceder el empleador a descontar las cotizaciones de la remuneración de sus trabajadores y no enterarla en la institución previsional correspondiente, apropiándose de ellas o distrayéndolas, agregándose que es importante determinar que se haya producido apropiación o distracción, no siendo suficiente el mero incumplimiento de la obligación de enterar las cotizaciones que hubiere descontado.

Por otra parte, se socaba el sistema de seguridad social, ya que el empleador que debiendo retener de las remuneraciones del trabajador los dineros pertinentes para los efectos de enterar las cotizaciones de seguridad social en los organismos correspondientes no ha cumplido con su rol de intermediario y, aún más, ha distraído fondos del fin al que fueron destinados y que no le pertenecían, todo con finalidades distintas a aquellas para las cuales se estaba autorizado, genera menores recursos en los fondos de pensión, problemas al seguro de cesantía y en el sistema de salud.

pág. 2090-2094 y sentencia de fecha 30 de noviembre de 2004 en Fallos del Mes N° 528, pág. 2978- 2981. Entre muchos otros.

869 Entre otras Corte Suprema, Rol N° 5330-2012; Rol N° 2.465-05; Corte Suprema, 28 de enero de 2010, Rol 8647-2009.

870 La ley 17.322 se refiere a normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de Seguridad Social. Su art. 12 consagra la posibilidad de arresto del empleador al indicar que el empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores y sus reajustes e intereses penales, dentro del término de quince días, contado desde la fecha del requerimiento de pago si no opuso excepciones, o desde la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia que niegue lugar a ellas, será apremiado con arresto, hasta por quince días. Este apremio podrá repetirse hasta obtener el pago de las sumas retenidas o que han debido retenerse y de sus reajustes e intereses penales. El apremio será decretado, a petición de parte, por el mismo Tribunal que esté conociendo de la ejecución y con el solo mérito del certificado del secretario que acredite el vencimiento del término correspondiente y el hecho de no haberse efectuado la consignación.

d) *Incumplimiento del deber de seguridad.*

Como indica Sala Franco, la obligación empresarial de protección al trabajador en materia de seguridad y salud laboral venía configurada como una obligación contractual e integrada en el contenido básico del contrato de trabajo⁸⁷¹. A su vez, Palomeque López⁸⁷² señala que la protección de la seguridad y salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos laborales se articula en base a dos conceptos: 1.- La definición de una política de prevención de riesgos laborales a realizar por la Administración Pública, y 2.- El reconocimiento de un derecho del trabajador a una protección “eficaz” en orden a garantizar su seguridad y su salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo, mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias.

En nuestro país existe consenso en la doctrina⁸⁷³ que la obligación de seguridad está referida al derecho del trabajador a exigir que el empleador adopte todas las medidas necesarias para proteger eficazmente su vida y su salud en el lugar de trabajo, y tiene una naturaleza contractual. Lo anterior, dada la intensidad de la protección que consagra el art. 184 del C.T., al disponer que el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas. Esta obligación de protección de la vida del trabajador está estrechamente conectada al derecho fundamental contemplado en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental.

En este contexto, no existe inconveniente en invocar dicho incumplimiento como justificativo de un autodespido por el incumplimiento del deber de seguridad, que puede extenderse además como justificativo de un despido indirecto fundado en materias de acoso laboral. En efecto, para Palavecino, en virtud del contrato, el empleador asumirá la obligación legal de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores (art. 184, inc.1 del C.T.). De esta obligación general del empleador es posible derivar la obligación específica de mantener un ambiente libre de acoso psíquico en los lugares de trabajo⁸⁷⁴, puesto que, durante la ejecución del vínculo laboral, la existencia de conductas hostigadoras pueden afectar la salud

871 Sala Franco, Tomás. *Derecho de la prevención de riesgos laborales*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2004, pág. 71.

872 Palomeque López, Manuel – Álvarez de la Rosa, Manuel, *Derecho del trabajo*, ob. cit. pág. 643 – 654.

873 Lizama Portal, Luis, *Derecho del Trabajo*, ob.cit., pág. 67 y 68.

874 Palavecino Cáceres, Claudio, “*La Protección Contra el Acoso Psíquico Laboral en el Ordenamiento Jurídico Chileno*”, en: *Revista de Derecho* (Valdivia) (vol.17, 2004)

física y mental del trabajador, y dicha afectación puede incidir directamente en instrucciones u órdenes que pueden poner materialmente en peligro al trabajador (como, por ejemplo, que se ordene un trabajo en altura con implementos inseguros), o simplemente ser la consecuencia de una serie de actos que finalmente repercuten en su salud, constituyendo esta última vertiente la hipótesis más recurrente de la afectación del derecho. En esta línea, existen numerosos pronunciamientos judiciales que concluyen la existencia de enfermedades de naturaleza mental como consecuencia de la conducta hostigadora.⁸⁷⁵

a. Oportunidad de ejercicio.

Respecto de la oportunidad para poder ejercer el despido indirecto fundamentado en el incumplimiento grave de las obligaciones patronales, no existe regulación expresa en nuestra legislación, y por lo anterior se ha pretendido trasladar la institución del perdón de la causal e inmediatez en el ejercicio de tal prerrogativa de la misma forma que el despido disciplinario. Se ha resuelto expresamente que dicha figura es incompatible cuando es el trabajador quien invoca un incumplimiento grave del empleador en sus obligaciones como fundamento de la ruptura contractual, por ser contraria al principio de irrenunciabilidad de derechos laborales⁸⁷⁶, por lo que en estricto rigor no existiría una oportunidad para ejercer tal acción y con su alegación de incumplimiento, más allá de los plazos de prescripción regulados en el C.T.

b. Formalidades.

Respecto de las formalidades, para el caso que sea el trabajador quien invoca la causal del N°7 del 160 del C.T., deberá estar vigente la relación laboral al momento de ejercer el derecho al auto despido. En dicho escenario se deberá manifestar por escrito la voluntad del trabajador en orden a poner fin a la relación laboral, precisando la fecha de término, especificando los hechos en que fundamentan la causal invocada, esto es, cuál es el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato que hizo insostenible el vínculo contractual, y finalmente comunicar dichas circunstancias al empleador por escrito dentro del plazo de 3 días hábiles desde que se decide ejercer tal prerrogativa, debiendo entregarla personalmente o vía carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato. En tal caso, se deberá enviar copia del

⁸⁷⁵ Vid. causa T-20-2014, Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco.

⁸⁷⁶ Corte Suprema, 23 de junio de 2014, Rol 12.514-2013.

aviso mencionado a la respectiva Inspección del Trabajo dentro de los mismos 3 días.

En cuanto al plazo que tendrá el trabajador para deducir la acción, es de 60 días hábiles contados desde la separación. Sobre el punto, se ha discutido si tal plazo puede suspenderse o no al igual que en el despido. Para un sector de la doctrina⁸⁷⁷ y jurisprudencia⁸⁷⁸ no existe motivo

877 Nadal Serri señala que respecto del plazo para que el trabajador deduzca su acción en juicio por despido indirecto, ha dicho que “el trabajador para poner término al contrato y recurrir al tribunal, dispone de un plazo de sesenta días hábiles, contados desde la terminación del contrato.

Dicho plazo podrá suspenderse si el trabajador entabla reclamo administrativo en la Inspección del Trabajo, extendiéndose dicho plazo en tales circunstancias hasta 90 días hábiles contados desde la separación del trabajador. Nadal Serri, Daniel, *El despido en el Código del Trabajo*, ob.cit., pág. 431. Por su parte Gamonal afirma que “debemos señalar que el Código contempla la referida suspensión, en forma expresa, para los plazos de caducidad dispuestos en los artículos 168, 169 y 170, omitiendo la situación del despido indirecto establecido en el artículo 171. No obstante lo anterior, creemos que se trata de una omisión involuntaria del legislador y que el precepto en comento es plenamente aplicable al despido indirecto” Gamonal Contreras, Sergio. “*Introducción al Derecho del Trabajo*”, Editorial Jurídica Cono Sur, 1998, pág.205.

878 Sentencia Corte Suprema, Rol 41-2002, de 19 de junio de 2002; Corte de Apelaciones de Santiago que dispuso en fallo de fecha 19 de abril de 2013, Rol 173-2013. Dicha sentencia señaló que “4°) Que, en efecto, no puede interpretarse la disposición del Art. 171 inciso primero del Código del Trabajo en la forma restrictiva como lo hizo la juez a-quo, por cuanto, tratándose del ejercicio de acciones cuyo fin es la protección de derechos laborales, la interpretación de las normas debe hacerse de tal modo que conduzca o facilite la tutela judicial efectiva de aquellos derechos. Ello, porque las disposiciones de las leyes laborarles deben interpretarse a la luz de las disposiciones constitucionales que consagran no sólo la protección del trabajo, sino también de aquellas que establecen la igual protección en el ejercicio de los derechos; de modo tal que cualquier interpretación en orden a diferenciar dicha protección –en este caso, entre trabajadores que son despedidos y aquellos que se auto despiden–, en perjuicio de éstos últimos, no solo es inicua, sino que es inadmisibles por contrariar los principios protectores ya señalados;

5°) Que dicho lo anterior, la correcta exégesis del inciso primero del ya citado Art. 171 del Código del Trabajo no puede hacerse en desmedro del ejercicio de la acción que allí se contempla, sino que en una sentido más amplio y en armonía con lo que dispone el inciso final del Art. 168 del mismo cuerpo legal, esto es, que no sólo permita ejercer la acción sino que además no privar al trabajador que se autodespide del mismo derecho que favorece al trabajador que es despedido, esto es, recurrir ante el órgano administrativo encargado de fiscalizar las relaciones laborales; y en consecuencia, someterlo al mismo régimen de suspensión del plazo de caducidad para presentar la demanda por el tiempo que demore el reclamo administrativo. Concluir lo contrario significaría que el trabajador que ejerce su derecho al auto despido queda, por hacer uso del mismo, sancionado con un acortamiento de los plazos, en circunstancias que el legislador hace aplicable el mismo régimen jurídico en cuanto a reclamar el derecho a ser indemnizado, ya sea que el despido provenga de un acto del empleador, como cuando proviene de la voluntad del trabajador.

6°) Que tal conclusión interpretativa se desprende, asimismo, de la regla del Art. 22

que prohíba la suspensión de dicho plazo. Otro sector indica que no es posible tal situación, debido a que el autodespido no constituye un despido propiamente tal y las normas de suspensión se encuentran referidas a aquella hipótesis en que el término de la relación laboral depende de la voluntad del empleador.⁸⁷⁹

c. Indemnizaciones y reparación.

En lo relativo a las indemnizaciones, en el caso que se declare el incumplimiento grave de las obligaciones por parte del empleador, el juez condenara al pago de la indemnización por término de la relación laboral, esto es, indemnización sustitutiva de aviso previo y por años de servicio, viéndose esta última incrementada en un 80%.

Respecto de la posibilidad de acumular un acción indemnizatoria de perjuicios morales por los daños producidos con ocasión del auto despido, estimamos que existe absoluta compatibilidad, de la misma forma que se planteó en párrafos anteriores a propósito del despido disciplinario, ya sea que se invoque conjuntamente con la acción de despido indirecto o conjuntamente con la acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales si se estima procedente que el incumplimiento además infringe tales derechos.⁸⁸⁰

d. Procedimiento.

En cuanto a las normas procesales por las cuales se ha de sustanciar la acción de despido indirecto, por regla general serán las prescritas para

inciso primero del Código Civil, en cuanto establece que: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.” Conforme a ello, la disposición del inciso primero del Art. 171 del Código del Trabajo debe armonizarse con lo que dispone del Art. 168 del mismo Código en su último inciso, de tal manera que el ejercicio de los derechos laborales –independientemente de quien ponga término al contrato– quede sometido a iguales normas, incluidos los plazos para reclamar la tutela respectiva.”

Recientemente en recurso de queja resuelto (rechazado por motivos de forma) por la E. Corte Suprema, en voto de disidencia (Ministra señora Chevesich) se vertieron argumentos que acogen la tesis de la suspensión. Ver Sentencia Rol 4317-2014, fecha 12 de mayo de 2014.

879 En tal sentido Corte Suprema 18 de noviembre de 2007, Rol 350-2007.

880 Indicando que desde ya entendemos que la acción de autodespido es compatible con el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Sobre el punto ver Domínguez Montoya, Álvaro; Mella Cabrera, Patricio y Walter Díaz, Rodolfo, “*El Acoso en el Trabajo: algunos aspectos doctrinarios, jurisprudenciales y legales del Acoso Moral y Sexual en Chile*”, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Chile), V. 5, N° 10, pág. 13-68 2015.

el procedimiento ordinario. En esta línea, una cuestión que creemos relevante apuntar es lo relativo a la hipótesis referida a la compatibilidad entre el ejercicio de la acción contemplada en el artículo 171 del C.T. y el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Estimamos que el trabajador también podrá verse beneficiado de dichas formas procesales cuando invoque el auto despido, por cuanto esta vía procesal es el canal idóneo de sustanciación de dichos intereses y derechos, ya que la esencia justificadora de tal procedimiento recae necesariamente en la vigencia de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador en el contrato de trabajo.

Se debe advertir que ha existido una divergencia jurisprudencial que considera incompatible la acción de auto despido con el procedimiento de tutela⁸⁸¹, indicando que la acción prevista por el inciso 1° del artículo 489 del C.T. no procede cuando ha sido el trabajador quien ha puesto término a la relación laboral por la vía del despido indirecto contenida en el artículo 171 del precisado cuerpo normativo, puesto que el artículo 489 inciso primero del C.T. consagra la acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales cuando “se hubiere producido con ocasión del despido”, tratándose por consiguiente de aquella situación en que el empleador toma la decisión de desvincular al trabajador con vulneración de los derechos fundamentales protegidos, lo que igualmente se desprende cuando el legislador habla que la acción corresponde exclusivamente al “trabajador afectado”, debiendo entenderse que ha sido afectado por un despido atentatorio de derechos fundamentales.

De igual forma, apoya dicha interpretación que el reconocimiento del derecho que tiene todo trabajador de denunciar la vulneración de los derechos fundamentales protegidos a través de la acción contemplada en el artículo 485 del C.T. permite su ejercicio durante la vigencia de la relación laboral, agregando que “de este modo, la ley ha dotado al trabajador de una acción de tutela que precisamente –ejercida durante la vigencia de la relación laboral– tiene por objeto impedir que el dependiente deba soportar vulneraciones de tal envergadura que lo lleven a autodespedirse, sin lograr la protección efectiva de sus derechos”.

No concordamos con dicha posición, optando por la corriente jurisprudencial que acoge la compatibilidad de acciones y procedimiento,

881 Por todos ver: Corte Suprema, 18 de enero de 2013, Rol 2202-2012 y Corte Suprema, 28 de agosto de 2013, Rol 3689-2013. Respecto a la compatibilidad de dichas acciones ver Sierra Herrero, Alfredo, Acción de tutela laboral y despido indirecto. comentario a la sentencia “Gómez Cattini con Camilo Ferrón Chile S.A.”. Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, 3 diciembre de 2009, RIT t-11-2009. RDUCN, Coquimbo, v. 17, n. 2, 2010.

por lo cual pasaremos a resumir y exponer sus principales argumentos⁸⁸²:

- 1) La primera cuestión es de índole gramatical, y más precisamente de orden semántico, tiene que ver con el significado de la locución “con ocasión”, que no es otro que el de aquello que se realiza en un momento dado o en la oportunidad de algo o con motivo de alguna cosa o por causa de ella; es decir, “con ocasión del despido” significa lingüísticamente que en la oportunidad o con motivo del término de la relación laboral. Cuando esa extinción consiste en una renuncia unilateralmente producida por el dependiente, la expresión “con ocasión” reenvía a todo aquello que se presenta como circunstancia de ese acto y, entonces, hace imposible discernir entre el antes y el después de la extinción del vínculo. Lo anterior es más evidente cuando se observa que un trabajador que explicita su decisión de poner fin a una relación laboral está procediendo, obviamente, al interior de un contrato vigente, que de otra manera no podría entenderse a qué pretendiera poner término.
- 2) El segundo fundamento es de índole normativo. Es efectivo que el artículo 489 habla de la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los dos primeros incisos del artículo 485, a lo que no puede darse otro alcance que la concreta referencia a los derechos fundamentales que, precisamente, están mencionados en esos dos incisos. Ahora bien, esos derechos fundamentales son amparados por el artículo 485, interpretado globalmente y no solo en la referencia a que acaba de aludirse. La norma contempla expresamente, en su inciso tercero, que los derechos y garantías de sus capítulos anteriores han de entenderse lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador que limita su pleno desarrollo, en forma arbitraria o irrespetuosa de su contenido esencial; ninguna prescindencia es aquí posible; mal que mal, a la postre es ésta la piedra angular del sistema tutelar propuesta en el Párrafo 6° del Título I del Libro V del código.
- 3) Creemos oportuno también referirnos a lo dicho por Ugarte⁸⁸³, quien al tratar sobre el despido indirecto y la tutela concluye que ésta es una modalidad de despido, al tener los mismos efectos, y que

882 Sobre la compatibilidad de acciones y procedimiento ver: Corte Suprema, 6 de junio de 2016, Rol N° 11200-2015. Corte de Apelaciones de San Miguel, 28 de agosto de 2014, Rol N° 233-14.

883 Ugarte Cataldo, José Luis. *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Santiago. LegalPublishing, 2010, pág. 94

el artículo 489 del C.T., cuando se refiere a la lesión de derechos fundamentales con ocasión del despido, no cierra en ningún caso la posibilidad de accionar de tutela frente al autodespido, sino solamente para determinar quién está dotado de la legitimación activa. Y añade que el término con “ocasión” busca determinar el momento en que se ha producido la lesión, al terminar la relación laboral, y no un tipo de lesión específico. De no entenderlo así, nos llevaría a un absurdo difícil de entender, si empleador lesiona derechos fundamentales y no despide, y lo hace el trabajador recibe una sanción menor, propia de un despido injustificado. Indica el autor que, en caso de dudas, el artículo 489 debe ser interpretado de conformidad al principio *pro-homine*, que obliga a preferir el sentido interpretativo más amplio y de mayor alcance a las normas legales que tutelan los derechos fundamentales.

- 4) Respecto de este controversial punto, se debe tener en cuenta lo resuelto en las recientes unificaciones pronunciándose sobre la compatibilidad del despido indirecto con otras sanciones propias del despido directo⁸⁸⁴. En efecto, para tal jurisprudencia, el despido indirecto puede estimarse como equivalente al despido disciplinario, como una modalidad de exoneración y no una renuncia, debiendo ser los efectos de su ejercicio los mismos que emanan cuando la relación laboral se finiquita por voluntad del empleador.⁸⁸⁵

Finalmente, y como señala expresamente la Corte Suprema en esta materia, “el despido directo o el indirecto substancialmente son idénticos en sus antecedentes, motivos y causas: el incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales por parte del empleador, originando la vulneración de los derechos del trabajador”. De esta forma, la voz “despido”, utilizada por el legislador, equivale a término de la relación laboral, única forma de vincular el principio de igualdad y no discriminación a los efectos del incumplimiento, en atención a que en ambas situaciones el trabajador dispondrá de idénticas acciones para hacer valer y reclamar los derechos vulnerados derivados del incumplimiento de las obligaciones por el empleador.⁸⁸⁶

884 Corte Suprema, de 18 de diciembre de 2014, Rol N° 4.299-2014 y Corte Suprema, 18 de mayo de 2015, Rol 23.638-2014; Corte Suprema, 21 de julio de 2016, Rol N° 14870-16.

885 Corte Suprema, 7 de diciembre de 2016, Rol N° 24.279-2016.

886 Corte Suprema, 6 de junio de 2016, Rol N° 11200-2015.

Entender o interpretar de otra forma la concurrencia de normas procesales que privarían a un trabajador de la eficacia de sus derechos fundamentales no hace más que amparar la conducta del empleador. En efecto, la normativa en comento se erige para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, vulnerados con ocasión del término de la relación laboral, “finalidad que no se cumpliría si solo se estima aplicable al caso del dependiente que es despedido por decisión unilateral del empleador, de manera que los efectos de su ejercicio deben ser los mismos que emanan cuando la relación laboral se finiquita por voluntad del empleador. En este contexto, si el empleador con ocasión del despido vulneró las garantías fundamentales del trabajador, -y no solo las obligaciones que emanan del contrato-, con mayor razón si éste desea poner término a la conculcación de sus derechos fundamentales y los propios del contrato de trabajo, debe ser protegido por el ordenamiento jurídico, a través de las mismas acciones y derechos que tendría si es despedido por un acto voluntario de su empleador, lo contrario significaría desconocer los citados principios que informan el Derecho del Trabajo y, dejar al trabajador en una situación de desprotección, porque se lo obliga a permanecer en una relación laboral que afecta sus derechos fundamentales”⁸⁸⁷.

887 *Ibíd.*



