



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO  
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**DE LAS NECESIDADES DE LA EMPRESA, ESTABLECIMIENTO O SERVICIO:**

**Su problemática y relación con el Procedimiento de Tutela Laboral.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la  
Universidad de Chile

**AUTOR:**

Rafael Ignacio Silva Niño de Zepeda

**PROFESOR GUÍA:**

Claudio Palavecino Cáceres.

Santiago, Chile

2011

## INDICE

Introducción.....	2
-------------------	---

### Capítulo I:

#### “Sistema de Terminación del Contrato de Trabajo en la legislación laboral chilena”

I.1 Generalidades.....	5
I.2 Sistemas de Terminación del vínculo laboral.....	7
I.3 El Sistema de Terminación del vínculo laboral en la legislación nacional.....	11

### Capítulo II;

#### “El Término del Contrato de Trabajo por las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio”

II.1 Historia y evolución de la causal de despido “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio” .....	15
II.2 Situación actual de la causal de despido “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio” .....	23

### Capítulo III:

#### “Las novedades de la terminación del contrato de trabajo por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio en la Ley 20.087”

III.1 Generalidades .....	40
III.2 El Procedimiento de Tutela Laboral .....	43
III.3 El Procedimiento de Tutela Laboral y el despido por necesidades de la empresa .....	65

Conclusiones .....	72
--------------------	----

Bibliografía .....	78
--------------------	----

## INTRODUCCIÓN

Sin duda que entre las cosas más preciadas que posee una persona se encuentra su trabajo, el que le permite no sólo un sustento económico para él y su familia, sino también la posibilidad de desarrollarse personalmente. Por ello es que la falta de trabajo trae consecuencias nefastas para la sociedad, ya que se ven resentida la economía y la integridad síquica de los ciudadanos.

Para proteger el trabajo y entregarles seguridad, es que desde hace un tiempo a la fecha se valora en sede laboral el bien jurídico de la estabilidad laboral. Este ha sido inspirador de diversas normas nacionales y comparadas, sin perjuicio de estar en permanente tensión con la flexibilidad laboral que aspira tener un sistema lo suficientemente ágil para responder a las demandas cambiantes y dinámicas de los sujetos de la relación laboral.

Hoy en nuestro país es una tensión vigente, donde pareciera existir dos posiciones: los trabajadores que luchan por más derechos y estabilidad en su trabajo versus los empleadores reclaman su propiedad y autonomía sobre su empresa y los diversos elementos que la componen. Ello porque “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”<sup>1</sup>

Así, la legislación laboral pretende integrar distintas posiciones y tener un régimen de despido acorde a los intereses de los distintos actores, pero pareciera que el legislador no ha podido lograrlo, incluso para algunos autores la legislación laboral corresponde “en pocas palabras a una ideología dominante que refuerza las instituciones dominantes y la cultura hegemónica dentro de nuestra sociedad”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> UGARTE C., JL; “Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”; Santiago; Legal Publishing, 2009, p.1.

<sup>2</sup> KLARE K.; “Teoría Crítica e diritto del rapporti di lavoro”; Italia, 1990, p.342

Dentro de esta discusión, un punto crítico es aquel que dice relación con el régimen de terminación del vínculo laboral y en específico las distintas problemáticas que presenta una de las llamadas “causales de terminación”, la del artículo 161 del Código del Trabajo, a saber: “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio”.

En efecto, dicha causal ha tomado una gran importancia práctica, al ser la más usada por los empleadores para desvincular un trabajador ya que, entre otras razones, no suele ser cuestionada por el trabajador (como ocurre con las del art. 160) y, dados sus términos genéricos, cabría una serie de situaciones que le darían una especie de carácter residual y general para poner fin a una relación laboral. Así se estaría dando en los hechos un uso ajeno al que pretendió el legislador, haciendo de cierta forma extensivo el desahucio a quienes la ley no lo autoriza, lo cual atentaría contra el principio de la estabilidad laboral e incluso contra derechos de máximo interés para el sistema jurídico, como las garantías fundamentales de los trabajadores.

Pero, por otra parte, ¿qué puede hacer un empleador ante un trabajador inepto para las funciones pactadas en el contrato, si no sucede ninguna de las conductas tipificadas en el Código del Trabajo como causales legítimas de terminación? ¿Debe mantenerlo en su empresa hasta que haya bajas en la productividad, cambios bruscos en la economía o cometa acoso sexual?.

Resultan variadas las problemáticas que se presentan en sede laboral debido a la tensión entre estabilidad y flexibilidad, por lo que la presente memoria pretende abocarse al estudio de las que parecieran más trascendentales al respecto: las vinculadas a la causal de despido por necesidades de la empresa.

Y en este sentido esta obra pretenderá profundizar en la denominada “Reforma Laboral”, protagonizada por la entrada en vigencia de la Ley 20.087, al respecto de que innovaciones presenta sobre el despido, la efectividad del procedimiento de tutela para la protección de los derechos de los trabajadores vulnerados con ocasión del cese de un vínculo laboral y que reformas sustantivas incorpora a la legislación laboral.

En definitiva, los objetivos de esta memoria serán determinar cual es el estado actual de la causal “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio” en la

legislación chilena y en segundo lugar que innovaciones presenta en la materia las modificaciones introducidas por la Ley 20.087.

## **CAPÍTULO I**

### **SISTEMA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL CHILENA.**

#### **I.1 GENERALIDADES.**

La terminación del contrato de trabajo es la ruptura del vínculo jurídico entre trabajador y empleador, que produce como efecto principal el cese definitivo de los derechos y obligaciones emanados de este. Por ello ha sido definido como “un fenómeno jurídico por el cual se extingue el contrato, queda disuelta la relación laboral y dejan de existir para las partes las obligaciones jurídicas y extra jurídicas, patrimoniales y personales que las vinculaban”<sup>3</sup>.

En concreto significa que el contrato terminará de producir efectos, lo que implicará que el trabajador dejará de estar obligado a prestar sus servicios y no percibirá más remuneración por ello, y a su vez el empleador no tendrá más el derecho de dar órdenes en virtud del vínculo de subordinación y dependencia, además de dejar de estar obligado a pagar remuneración.

Debido a sus relevantes efectos es que en torno a esta materia se entremezclan diversos factores que suscitan una permanente atención de la doctrina y del legislador. Traspasa de ser un problema netamente jurídico y envuelve una dimensión humana y moral, tal y como lo indica el tratadista francés Paul Durand, al mencionar que “la permanencia en el empleo contribuye a la dignidad de la persona humana. Ella se relaciona con la concepción según la cual el trabajo no puede ser considerado como una mercancía”. Así, el desarrollo profesional es un factor considerado clave en nuestra sociedad para todo individuo por lo que la estabilidad laboral importará una valoración propia en la persona.

---

<sup>3</sup> POBLETE J., C. “Derecho Individual del Trabajo”; Santiago; Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; 2005; p. 141.

Además, envuelve una dimensión económica en la que diversos actores se ven directamente afectados por el cese del vínculo laboral. A los trabajadores, les interesa tener ingresos permanentes con los que mantener y permitir el desarrollo de los miembros de su familia, ya que por el contrario, el término del contrato de trabajo da origen a una contingencia o estado de necesidad denominado cesantía y al cual la seguridad social le pone especial atención debido los delicados problemas que de este pueden derivar.

Esta variedad de efectos, que produce el término de un contrato de trabajo, son la causa de la permanente preocupación de la doctrina, legisladores y autoridades sobre la materia y han provocado que a lo largo de los años exista mucha discrepancia al respecto, lo que se ha reflejado en los variados cambios que ha experimentado la legislación laboral.

Esta situación es la que ha llevado a parte de la doctrina señalar que este es un problema humano y moral, más que jurídico, sin perjuicio de que la presente memoria tratará el aspecto jurídico de esta problemática.

## **I.2 SISTEMAS DE TERMINACIÓN DEL VÍNCULO LABORAL.**

En la materia, existen diversos sistemas de terminación del vínculo laboral, los cuales son adoptados por las diferentes legislaciones. La principal diferencia entre un sistema y otro está dado por la valoración que se le da al bien jurídico, y para algunos también económico, de la estabilidad laboral. El cual podemos entenderlo como “el derecho que le asiste al trabajador a conservar su empleo durante su vida laboral, no pudiendo ser despedido por el empleador sin que medie una justa causa previamente establecida en la ley”<sup>4</sup>

Del análisis de esta definición podremos rescatar los elementos que nos permitirán una mejor comprensión:

### **1° La estabilidad laboral es un derecho del trabajador.**

Por tanto el sujeto podrá exigir su cumplimiento mediante los mecanismos que le entregue la ley laboral, debiendo, en consecuencia, el empleador obrar conforme a ello, es decir respetando y privándolo de este derecho sólo en los casos permitidos por la ley.

Comprendemos que la estabilidad laboral sería un derecho, dada la importancia que tiene como bien jurídico y económico, y atendiendo los diferentes efectos humanos y sociales que implica, ya esbozados en esta memoria.

### **2° El derecho del trabajador consistiría en conservar su empleo durante su vida laboral.**

La estabilidad laboral se refiere a que el sujeto pueda desarrollar su actividad mientras se encuentra en condiciones para ello, de modo que no consiste, por ejemplo, en indemnizaciones que deba pagarse al trabajador para abandonar su empleo. Este aspecto adquirirá relevancia en los siguientes puntos donde veremos que en nuestro país no se protege la conservación del empleo sino que opera la indemnización o compensación al trabajador.

### **3° El derecho a la estabilidad laboral contempla excepciones.**

---

<sup>4</sup> Ibíd.



Para la estabilidad laboral, el trabajador tendrá derecho a conservar su empleo pero no de un modo absoluto, ya que existen excepciones en los cuales el empleador podrá privarlo de su trabajo.

Para ello deben cumplirse dos requisitos: la existencia de una justa causa y esta debe estar previamente consagrada en la ley. Cumpliendo estos supuestos, el empleador podrá poner fin al vínculo laboral.

Entregando más o menos valor al bien jurídico de la estabilidad laboral, podemos distinguir los diferentes sistemas de terminación del contrato de trabajo, que se mueven entre dos posiciones extremas. Por una parte, se encuentra aquella en que el empleador no puede poner fin al contrato sin justa causa mediante y por otra aquella que permite al empleador el despido en base a su solo arbitrio.

De este modo los llamados sistemas de terminación existentes son:

#### **1° De Estabilidad Absoluta.**

Este sistema también ha sido denominado como de inamovilidad o propiedad de empleo y en él la estabilidad laboral es mirada como un bien absoluto. El trabajo es propiedad del sujeto y por ello no puede serle arrebatado si no es por causa legal, de lo contrario lo recuperará mediante los medios que le entrega la legislación laboral, pretendiendo evitar de esta manera actos de discriminación de parte del empleador.

El trabajador tiene derecho a continuar en su labor mientras no exista justa causal de terminación determinada como tal por la autoridad competente. En este sentido si se pone término al vínculo laboral y ello es declarado injustificado por la autoridad, el trabajador debe ser reincorporado a sus labores. Un ejemplo de ello es lo que ocurre en nuestra legislación cuando es despedido un trabajador que goza de fuero laboral, el cual debe ser reincorporado a sus funciones aún contra la voluntad del empleador.

Actualmente se considera este sistema como una utopía, dado los problemas humanos y económicos que acarrea consigo, ya que podría implicar tener a un trabajador en un ambiente ingrato y hostil para desarrollar sus labores y a un

empleador con trabajadores ineficientes dada la seguridad que sienten en su empleo y la imposibilidad de despedirlos por la no concurrencia de causal legal.

## **2° De Estabilidad Relativa.**

Este sistema es considerado como intermedio entre las dos posiciones extremas. La estabilidad en el trabajo es considerado un bien jurídico que debe ser protegido por la legislación laboral, pero no de una manera absoluta. De este modo, se pretende equilibrar el derecho del trabajador a permanecer en su empleo, mientras cumpla adecuadamente con su rol, con el principio de que no puede obligarse al empleador a mantener en su trabajo a quien no le es útil desde el punto de vista de las necesidades de la empresa, lo que no le resulte beneficioso ni le sea posible retribuir.

Así el empleador podrá poner fin a la relación laboral siempre y cuando concurra una causa estipulada en la ley, pero a diferencia del sistema de estabilidad absoluta, en caso que la causal del despido sea declarada como improcedente o no haya podido ser probada en juicio, el empleador podrá perseverar en poner fin al contrato de trabajo pagando una indemnización especial a favor del trabajador.

De esta manera se busca equilibrar la estabilidad laboral con el derecho del empleador a decidir lo más conveniente para su empresa, entregándole la opción de perseverar en el despido pagando una indemnización o reincorporando al trabajador a sus labores, lo que por cierto deja de ser obligatorio como en la estabilidad absoluta, con el fin de evitar los problemas humanos que genera esta situación.

## **3° De Libre Despido.**

Por último se encuentra el sistema de terminación de la relación laboral denominado "Libre Despido". En este se privilegia el derecho de propiedad que tiene el empleador respecto su empresa, y los bienes materiales y humanos que la componen, por sobre la propiedad del trabajador respecto de su bien jurídico de la estabilidad laboral.

De este modo, el empleador puede contratar y prescindir de trabajadores cuando su empresa lo necesite y él lo estime conveniente, sin la necesidad de la

conurrencia de una justa causa. Sólo se establece como requisito, y en ciertas legislaciones, un aviso previo, ordinariamente de un mes o su equivalencia en dinero.

Para este sistema, el trabajo no es de quien lo ejecuta sino de quien lo contrata, de modo que no se cree digno de tutelar al bien jurídico de la estabilidad laboral. Los problemas humanos y económicos que trae consigo la cesantía son materia de otra área del derecho, de la Seguridad Social, por lo que la regulación laboral debe preocuparse de dejar a las partes decidir libremente los términos y principio y fin de su relación jurídica laboral.

### **I.3 EL SISTEMA DE TERMINACIÓN DEL VÍNCULO LABORAL EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.**

Nuestro Código del Trabajo, al regular la terminación del vínculo laboral, titula: “De la Terminación del Contrato de Trabajo y Estabilidad en el Empleo”, lo que muestra el valor que le da el legislador a este bien jurídico al relacionarlo estrechamente con el fin de una relación laboral.

Nuestro sistema jurídico considera a la estabilidad laboral como digno de ser tutelado, lo que importa observarlo “desde las reglas de terminación del contrato de trabajo, la sujeción de las partes a las normas de fondo y de procedimiento, en cuanto sólo procede el término de la relación laboral, en virtud de causa legalmente establecida, la que en su caso deberá acreditarse ante el órgano jurisdiccional cuando el trabajador deduce reclamación a objeto de que se la declare como indebida, injustificada o improcedente. De este modo, la aplicación de la causal, su acreditación en juicio y las sanciones eventuales de su declaración como ilícita en su caso, son de la esencia del régimen de estabilidad en el empleo”<sup>5</sup>.

No obstante, algunos autores consideran que es una tutela precaria “toda vez que no establece exigencia alguna para los despidos colectivos y que la terminación del contrato a nivel individual sólo presenta como límite el pago de una indemnización, que al ser de un monto bajo, la estabilidad laboral depende, en definitiva, de la capacidad económica que tenga la empresa”<sup>6</sup>

Es complejo encasillarlo en alguno de los denominados sistemas universales ya posee ciertas características de uno y otro:

#### **(i) Despido Justificado.**

La regla general dice que para poder separar al trabajador de sus labores, el empleador debe invocar una de las causas denominadas “justas” por la ley. Estas se encuentran en los artículos 159 y siguientes del Código del Trabajo.

---

<sup>5</sup> TAPIA G, F. “Fallos Laborales Comentados 2004: Orientaciones Jurisprudenciales”; Santiago, Lexis Nexis Chile; 2005; p. 21.

<sup>6</sup> ROJAS M; I; “Manual de Derecho del Trabajo: Derecho Individual”; Santiago; LexisNexis Chile; 2004; p. 233.

## **(ii) Indemnización.**

Al terminar una relación laboral, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización, siempre y cuando el despido no se origine en algunas de las causales del artículo 160 del Código del Trabajo que se refieren a incumplimientos de las obligaciones o conductas reprochables del trabajador.

Esta indemnización, regulada en los artículos 162 y siguientes, puede ser substitutiva del aviso previo, por años de servicio y/o a todo evento, a las que se les denomina “por causa de terminación del contrato de trabajo” y también puede ser aquella indemnización determinada por el juez al considerar que el despido carece de fundamento plausible, a la que se denomina “por causa de despido injustificado” , la que algunos autores señalan que reviste la característica de ser una especie de sanción al empleador.

## **(iii) Reintegro del trabajador a sus funciones.**

Nuestro ordenamiento jurídico laboral, en la práctica, contempla que el empleador puede poner término al contrato de trabajo respecto al trabajador que lo desee, ya que a pesar de tener que invocar justa causa puede perseverar en el despido pagando una indemnización mayor determinada por el juez, sin por ello tener la obligación de reintegrar al trabajador a sus funciones.

Sin embargo, se contemplan excepciones donde el empleador sólo podrá poner término al vínculo laboral por ciertas causas específicas y previa autorización judicial (artículo 174, inciso 1°), caso contrario se ordena el reintegro del trabajador a sus funciones. Ello ocurre con el denomina fuero laboral, que gozan algunos como aquellos padres y madres trabajadores de un niño recién nacido, los dirigentes, delegados y candidatos sindicales.

Y con la incorporación de la Ley 20.087, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, se agrega un nuevo caso en que el trabajador deberá ser reincorporado por el empleador.

Se origina en un procedimiento especial, denominado de Tutela Laboral, que se aplica a las cuestiones originadas en una relación laboral que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores.

Por tanto si la denuncia se origina por un despido discriminatorio, el juez así lo acoge por haber infringido el inciso 4 del artículo 2 del Código de Trabajo y lo califica como un hecho grave, el trabajador tendrá el derecho de optar por una indemnización o por la reincorporación a sus funciones.

#### **(iv) Renuncia del Trabajador.**

El trabajador puede poner fin a la relación laboral con su empleador cuando lo estime conveniente, manifestando su voluntad, con a lo menos treinta días de anticipación.

#### **(v) Desahucio del Empleador.**

Nuestra legislación, en el artículo 161 inciso segundo del Código del Trabajo, contempla ciertos casos excepcionales a la regla general de que el trabajador sólo podrá ser separado de sus funciones cuando se invoque justa causa legal.

Así los trabajadores que tengan poderes para representar a su empleador (a lo menos facultades generales de administración), cuyos empleos sean de la exclusiva confianza de este y los trabajadores de casa particular podrán ver terminados sus contratos de trabajo por el denominado desahucio del empleador.

Es pertinente señalar que para la Corte Suprema la exclusiva confianza es necesaria que se radique en el empleo mismo, que emane de su naturaleza tal y como dice la ley, de manera que carece de este atributo aquel que no tiene jerarquía ni poder decisivo ni tampoco es suficiente una relación de parentesco con el empleador. Por ello quien goza de poderes para representar a su empleador es aquel trabajador capaz “de comprometer el patrimonio de su empleador, contratar y despedir trabajadores, representarle, contratar créditos y, en general, para desempeñar todos aquellos actos que hubiere efectuado el empleador en la administración de la empresa”<sup>7</sup>.

El desahucio debe ser dado a lo menos con treinta días de anticipación, lo que no será necesario si el empleador pagare al trabajador una indemnización en dinero,

---

<sup>7</sup> Corte Suprema; Recurso de Casación en el Fondo: “Daniel Rocha Lazo con Sociedad de Inversiones y Créditos Comerciales Onecard SA”; Rol 2137, Santiago, 2005.

equivalente a la última remuneración mensual devengada. El desahucio debe darse por escrito con copia a la Inspección del Trabajo, hecho que para la jurisprudencia no es requisito de validez sino constancia de haber cumplido el empleador con dicha exigencia.

Este modo de poner término a la relación laboral es característica de un sistema de Libre Despido y contraria a la estabilidad en el empleo.

Así las cosas, corresponde concordar con diversos autores que consideran al régimen de despido vigente en nuestro país como una expresión particular del sistema de estabilidad. Por regla general sólo puede separarse al trabajador de sus funciones invocando una de causales previamente señalada como justa por la ley, ello sin que el empleador tenga la alternativa de reincorporar al trabajador sino únicamente la de pagarle una indemnización. Además la ley contempla casos en que el empleador puede desahuciar a su trabajador, sin más que un aviso escrito con anticipación de a lo menos 30 días.

Dadas las características de nuestro sistema de terminación y considerando que este no cumple con los requisitos para catalogarlo como uno de los sistemas universales, cabría definirlo como un sistema singular, similar a uno de estabilidad relativa, al que podríamos denominar siguiendo a parte de la doctrina como de Estabilidad Relativa Sui Generis.

## **CAPÍTULO II**

### **EL TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO POR LAS NECESIDADES DE LA EMPRESA, ESTABLECIMIENTO O SERVICIO.**

#### **II. 1 HISTORIA Y EVOLUCIÓN DE LA CAUSAL DE DESPIDO “NECESIDADES DE LA EMPRESA, ESTABLECIMIENTO O SERVICIO”.**

La causal de terminación de la relación laboral en estudio, ha sido parte de los constantes cambios y tendencias por los que ha transitado la legislación laboral chilena. El legislador ha implementado diversos cambios en la materia, que serán mencionados en la presente memoria para un mejor entendimiento acerca del significado del término de un contrato de trabajo por las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio.

##### **1° Ley 16.455 de 1966.**

Esta ley, de 6 de Abril de 1966 y denominada “Normas para la terminación del contrato de trabajo”, viene en modificar el primer Código del Trabajo (Decreto con Fuerza de Ley N° 178 de 13 de Mayo de 1931) que abrazó el principio de libre despido por parte del empleador para con sus trabajadores. Establecía como requisito para poner término a la relación laboral sólo un aviso anticipado, de 6 días en el caso de los obreros (aquellos trabajadores que desarrollaban una labor preminentemente física) y de un mes en el caso de los empleados (que desarrollaban un rol mayoritariamente intelectual). Las indemnizaciones surgían por la vía convencional, ya que las establecidas en la ley, a pesar de estar consagradas efectivamente, eran mínimas y no respetadas.

La Ley 16.455 es la primera que introduce causas para la terminación de una relación laboral y se basa, según se menciona en el Mensaje del Proyecto de esta ley, en la Recomendación N° 119 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada en 1963 por la 47ª Conferencia de dicho organismo. La mencionada Recomendación



puede considerarse como el origen de la causal en estudio y hace referencia al despido por necesidades de la empresa en diversos momentos:

(i) En el título II, “Normas de aplicación general”, señala el N° 1 que “No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o *basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio*”.

(ii) .En el título III, “Disposiciones complementarias sobre la reducción de personal”, el N° 12 menciona que “Todas las partes interesadas deberían emprender una acción positiva para prevenir o limitar en todo lo posible las reducciones de personal mediante la adopción de disposiciones apropiadas, *sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio*”.

(iii) El mismo título, en su número 15, indica que “La selección de los trabajadores que vayan a ser objeto de una reducción de personal debería efectuarse según criterios precisos que es de desear se fijen, cuando sea posible, de antemano y que tengan debidamente en cuenta tanto los intereses de la empresa, del establecimiento o del servicio como los de los trabajadores. Entre tales criterios podrían incluirse: a) *la necesidad de que funcione eficazmente la empresa, el establecimiento o el servicio*”;

Esta recomendación considera relevante, que al momento de reducir personal o prescindir de un trabajador, el empleador pueda justificarse en las necesidades de su empresa, de modo que no sufra perjuicios por tener un número de trabajadores que excedan de su capacidad o que no sea adecuado según las condiciones del mercado.

Sin embargo cabe mencionar que la misma Recomendación N° 119 de la OIT señala que “Los trabajadores cuya relación de trabajo se hubiere dado por terminada a consecuencia de una reducción de personal deberían, en la medida de lo posible, gozar de prioridad para ser readmitidos cuando el empleador vuelva a contratar trabajadores”. Esto, a mi parecer, indica que la OIT pretende dar a esta causal un carácter de urgencia y transitoriedad, de modo que sea aplicable en momentos de necesidad para el empleador pero que no signifique una situación permanente para el

trabajador, de manera que pueda recuperar su empleo, o al menos tenga preferencia en ello, cuando los hechos que originaron la aplicación de la causal “necesidades de la empresa” hayan sido superadas.

Debe señalarse, en relación a lo recientemente expuesto, que la legislación laboral actual no le otorga este carácter transitorio a la causal en estudio, en el momento que no le otorga esta prioridad al trabajador para ser readmitido.

Como se indicara, esta es la primera ley que exige que se invoque una causal específica para despedir a un trabajador, la cual si no se configuraba adecuadamente se ordenaba la reincorporación del trabajador o en subsidio debía el empleador pagarle una indemnización de al menos un mes de remuneración por años de servicios.

En resumen, dentro de las causales para despedir a un trabajador, la Ley 16.455 incluye por primera vez la de “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio”, siguiendo lo indicado por la Recomendación ya mencionada de la OIT, ya que el artículo 2 de este cuerpo legal consagra que “Serán causas justificadas de terminación del contrato de trabajo las siguientes: (...) 10: Las que sean determinadas por las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

## **2° Decreto Ley 2.200 de 1978**

Junto con el golpe militar, del 11 de Septiembre de 1973, se inicia un proceso ideológico que pretende una mayor expansión de la propiedad privada y que influye directamente en el orden público económico y en las relaciones laborales.

Resultado de ello es el Decreto Ley 2.200 de 15 de Junio de 1978, que modifica la Ley 16.455 en cuanto establece un régimen de libre despido, donde el empleador puede prescindir de su trabajador sin necesidad de una causal, tan sólo debe pagar una indemnización correspondiente a un mes de remuneración por cada año de servicio. Sin embargo, esta modificación sólo regirá para aquellos trabajadores contratados después de la entrada en vigencia del mencionado decreto ley, por lo que para el resto seguirá siendo aplicable la ley sobre “Normas para la terminación del

contrato de trabajo”, teniendo por ello dos regímenes de terminación vigentes y con principios opuestos.

Respecto a la causal objeto de esta memoria, el Decreto Ley 2.200 la contemplaba en su artículo 14, pero asociada a las causales subjetivas, aquellas referidas al incumplimiento de las partes a las obligaciones que impone el contrato, y sin que su utilización de origen a indemnización alguna. La consagraba en el citado artículo: “El contrato de trabajo expira, de inmediato y sin derecho a indemnización alguna, cuando el empleador le ponga término fundado en que el trabajador ha incurrido en alguna de las siguientes causales, caso en el cual deberá dar aviso por escrito a la inspección del trabajo, dentro de tercero día hábil contado desde la separación del trabajador: (...)”

Lo dispuesto en el inciso primero se aplicará también a los casos en que el empleador ponga término al contrato, fundado en razones determinadas por las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

En la práctica, esta norma dio origen a la supresión de la indemnización por término del vínculo laboral o provocó que esta se fijara de manera convencional, en algunos casos en términos muy desfavorables para el trabajador. Estaba contemplada en términos genéricos y vagos, lo que la hacía conveniente para aquel empleador que no estimaba conveniente el indemnizar a sus trabajadores ante un despido. Por ello es que este inciso final del artículo 14 fue utilizado con frecuencia en su época, dando origen en la práctica a un régimen de libre despido.

Esta regulación significó, para parte de la doctrina, la imposición de un agresivo plan de flexibilidad laboral que la doctrina comparada llamó de “desregularización salvaje” ya que supuso “una gran ampliación de los poderes del empleador y una disminución de los derechos del trabajador, acompañada de una minuciosa reglamentación restrictiva de las relaciones colectivas del trabajo y de un desmantelamiento del Derecho procesal laboral especial. No se trató de un accidente o incidente histórico, sino de la concepción de toda una legislación inspirada en la

desarticulación de la acción colectiva y en la mayor individualización posible de las relaciones individuales de trabajo”<sup>8</sup>

Existieron tibios intentos del legislador de la época para intentar corregir esta situación. Primero la Ley 18.018, que “Modifica Decreto Ley N° 2.200 de 1978 y otras disposiciones en materia laboral”, estableció que la inexistencia de un pacto en materia de indemnización por despido implicaba que el monto de esta fuera de treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses con tope de ciento cincuenta días.

Posteriormente, la Ley 18.372, estableció un mínimo obligatorio para las indemnizaciones por término del contrato de trabajo: treinta días de remuneración por año de servicio con un máximo de ciento cincuenta días. Este monto podía ser mayor si es que así lo pactaban las partes. Esta ley introdujo un cambio en relación a la causal “despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio”, ya que derogó el inciso final del artículo 14 del Decreto Ley 2.200 con lo que suprimió la vigencia de dicha causal.

Estas modificaciones definieron que siempre que el empleador pusiera fin al vínculo laboral, por causas no imputables al trabajador, debía pagar una indemnización.

Así esta época, en relación a la causal en estudio, se caracteriza por dos momentos:

- (i) Por el Decreto Ley 2.200 es considerada dentro de las causales de terminación del vínculo laboral subjetivas (lo que es opuesto a la situación actual donde se le incluye como una causal objetiva). Además, el carácter de subjetividad, permitió que fuera utilizada de manera abusiva, permitiendo a los empleadores poner término a los contratos de trabajo sin tener que pagar indemnización alguna, ni dar aviso previo.
- (ii) Por la Ley 18.372, se derogó esta causal, ante lo cual se deja sin vigencia una causal considerada desde 1966 con origen en la Recomendación N°119 de la OIT.

---

<sup>8</sup> ERMIDA, O.; “La Flexibilidad en Algunas Experiencias Comparadas”; Santiago; Universidad Andrés Bello; 1992; p.36.

### **3° Ley 19.010 de 1.990.**

La Ley 19.010 comenzó a regir desde el 1 de Diciembre de 1990 y, a diferencia del Decreto Ley 2.200 ya estudiado, se inspira en un concepto social del mercado lo que permite que el Derecho del Trabajo retome su expansión, incorporando los derechos laborales propiamente tales de los trabajadores y aquellos atribuidos al trabajador como parte de una organización sindical, denominados por la doctrina como fundamentales específicos y que han permitido democratizar las direcciones económicas y políticas de las empresas.

En este sentido, y en lo que importa a esta memoria, se deroga el desahucio como causal genérica de terminación del contrato de trabajo, siendo aplicable sólo para casos excepcionales, como aquellos trabajadores con facultad de representar a su empleador o los trabajadores de casa particular. Además se aumenta el mínimo de indemnización por despido a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, con un máximo de trescientos treinta días y con un tope de 90 UF en el monto de la remuneración.

Para fijar el máximo de indemnización se discutió, en aquella época, acerca de cual era el promedio de tiempo en que un trabajador se mantenía cesante. Para unos era entre siete y ocho meses, para otros un período de al menos un año, por lo que resultado de negociaciones políticas y la conveniencia de llegar a un nuevo Código del Trabajo se transó finalmente en un máximo de once meses.

Respecto a la causal de despido “por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio” esta es restablecida por el artículo 3 que consagra: “Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal 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 del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador”.

Cabe destacar, que en virtud de esta Ley 19.010, la causal objeto de estudio ya no es relacionada con las causales denominadas subjetivas y siempre dará derecho a

indemnización por años de servicio. Incluso el artículo 11 entrega normas especiales respecto a esta causal, entre las cuales cabe destacar el derecho que se entrega a los trabajadores de recibir una indemnización por años de servicio aumentada en un veinte por ciento si es que el despido es considerado como improcedente por el tribunal. Sin embargo, la errónea aplicación de la causal por parte del empleador no da origen al reintegro del trabajador a sus labores, lo que importa en la práctica la implementación de un régimen de estabilidad relativa.

Por último, la inclusión de esta causal en la legislación laboral, va a traer consigo una problemática que hasta el día de hoy persiste y dice relación a la amplitud y aparente subjetividad de sus términos. Esta se origina en cuanto la redacción del artículo 3 de la Ley 19.010 “plantea orígenes “tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o economía...”; por lo que en una interpretación extensiva cualquier situación podría caber en ella. Ciertamente es que, en mi opinión, nada impide una interpretación restrictiva, pero esta no ha sido efectuada, y la verdad es que tampoco los tribunales de justicia han tenido muchas oportunidades para plantearse al respecto, dada, tal vez, las pocas oportunidades en que el conflicto se ha planteado judicialmente”<sup>9</sup>.

Concordante en este asunto es el profesor don Manuel Vivanco, para quien “al tipificar las necesidades de la empresa como causal de término del contrato de trabajo, usa las expresiones “tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía”, situaciones todas que tienen gran carga subjetiva y que se citan por vía ejemplar, y corresponden a necesidades económicas de la empresa que son de riesgo del empresario. Las sanciones son de derecho estricto y la aplicación de una pena tan grave como lo es el despido no puede fundarse en hechos vagos, arbitrarios o improcedentes”<sup>10</sup>. Sin embargo, ello para el autor no traería consecuencias en la práctica, ya que “el legislador sorteó esta imprecisión jurídica al no otorgarle mayor importancia a los motivos de la causal, y así el artículo 169 más adelante establece

---

<sup>9</sup> ROJAS M; I; “Manual de Derecho del Trabajo: Derecho Individual”; Op. Cit p.234

<sup>10</sup> VIVANCO C, M; “El Despido Laboral”; Santiago, Editorial Jurídica, 1994, p. 87.

que la comunicación del término de los servicios contiene una oferta irrevocable de pago de las indemnizaciones por años de servicio, como la sustitutiva de preaviso, si éste no se ha dado”<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Ibid

## **II. 2 SITUACIÓN ACTUAL DE LA CAUSAL DE DESPIDO “NECESIDADES DE LA EMPRESA, ESTABLECIMIENTO O SERVICIO”.**

### **1° Origen de la causal de despido por “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio” en la ley 19.759.**

La legislación actualmente vigente en la materia corresponde a la Ley 19.759, de 5 de Octubre de 2001, que “modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica”. A pesar que la causal en estudio fue reincorporada a nuestra legislación laboral por la Ley 19.010, con la dictación de esta ley se produjo una serie de modificaciones y se fija su texto definitivo.

Al momento de su creación, existió una serie de discusiones al respecto que presentan una serie de problemáticas sobre esta causal (consignadas en la historia de la ley 19.759):

#### **(i) Respecto al despido por “necesidades de la empresa” y el derecho al trabajo.**

Para algunos senadores de ese entonces, señores Parra y Boeninger entre otros, la causal “necesidades de la empresa” permite el término unilateral, voluntario y arbitrario de la relación laboral, lo que significa que el trabajador queda entregado al simple arbitrio patronal. Esto importa la violación, al principio inspirador de la legislación laboral del “derecho al trabajo”. Tal apreciación se justifica en un aspecto mencionado en la presente memoria, ya que al final del día, el despido de acuerdo a esta causal dependerá de la capacidad económica del empleador, al no ser aplicable el reintegro del trabajador a sus funciones ante una errónea utilización de la causal.

Parra y Boeninger agregan que “evidentemente sólo debe haber preceptos que, sobre bases objetivas y causales legalmente configuradas, permitan terminar la



relación laboral” sin con ello agregar un “factor de inflexibilidad, sino de justicia y equidad en las relaciones sociales”.

Sin embargo, para otros como el ex Senador Urenda, una situación como la descrita anteriormente, donde el derecho al trabajo sea un valor absoluto, puede llevar a excesos, puesto que “por un lado habrá un derecho al trabajo, pero no existirá la obligación correlativa de trabajar, ya que el trabajador tiene la libertad de hacerlo o no, de manera que se puede llegar a desequilibrar las relaciones laborales. Subrayó que, en la empresa, empleador y trabajador tienen una tarea común, y en este mundo competitivo y abierto debemos movernos dentro de conceptos de mayor libertad”.

**(ii) Respetto a la amplitud de esta causal.**

En los términos en que queda consagrada la causal “necesidades de la empresa” parece ser excesivamente amplia, ya que al agregarse la frase “tales como” podrían existir innumerables causas, no sólo las mencionadas en la ley, lo que le permitiría al empleador invocarla sin limitaciones.

Al respecto el ex senador, señor Viera Gallo, comenta que “sé que no; pero, por lo menos, tengo el derecho a lamentar, y muy profundamente, que no se hayan acotado las necesidades de la empresa. Si se hubiera expresado “por necesidades de la empresa, derivadas de modernización de la misma” (bajas en la productividad, cambios en las condiciones), eso ya sería algo. Pero decir “necesidades de la empresa” y luego agregar “tales como”, puede haber las que se les ocurra al empleador. Eso hace bastante inocuo o inútil todo el artículo anterior. Y yo encuentro razón a la Central Unitaria de Trabajadores cuando reclama por la redacción actual de este artículo”.

Para limitar en sólo tres causas el despido de un trabajador por “necesidades de la empresa” y con el fin de establecer la obligatoriedad del empleador de utilizar esta causal de acuerdo a su espíritu, un grupo de senadores formuló una indicación, que no prosperara, que proponía eliminar, en el primer inciso, las frases a continuación de la expresión “establecimiento o servicio” y agregar un segundo inciso del siguiente tenor: “Se entenderá por necesidades de la empresa, aquellas derivadas de la racionalización o modernización de los procesos productivos, bajas en la

productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. Dicha causal deberá ser probada por la empresa frente al Tribunal competente, ante la impugnación de uno o más trabajadores afectados.”

## **2° Regulación de la causal de despido por “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio” en el actual Código del Trabajo.**

La causal de despido en estudio, actualmente, se regula por el inciso 1° del artículo 161 del Código del Trabajo, que señala: “Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal 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 del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. La eventual impugnación de las causas señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168”.

El mencionado artículo 168, en lo concerniente, señala que “El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que este 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 siguientes reglas:

a) En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161;

b) En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado ninguna causal legal para dicho término(...);

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

### **3° Características de la causal de despido por “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio” en el actual Código del Trabajo.**

#### **(i) El despido por “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio” como causa económica de terminación del contrato de trabajo.**

La doctrina comúnmente clasifica las causas de terminación del vínculo laboral en objetivas y subjetivas.

Las primeras, también denominadas como de terminación, se refieren a aquellos hechos que provocan el fin del contrato de trabajo por sí mismos, ya que debido a su carácter afectan a condiciones objetivas de la relación laboral, sin ser atribuibles a persona alguna. Entre las causas de terminación se encuentran el “vencimiento del plazo convenido en el contrato” y la “conclusión del trabajo o servicio”, ambas reguladas por el artículo 159.

A su vez las causas subjetivas o de caducidad, se refieren a aquellos hechos atribuibles a las personas o conductas de alguna de las partes. Pueden clasificarse en involuntarias, como la muerte del trabajador, y voluntarias, como las conductas de acoso sexual. Estas últimas se refieren en general a aquellos hechos que constituyen un incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato, lo que según la ley laboral faculta a la otra parte a ponerle término.

Pero para la doctrina laboral no existe opinión unánime respecto a como clasificar ciertas causas que no cabrían dentro de las categorías mencionadas. Por ello parte de la doctrina estima necesario establecer nuevas categorías como aquellas

imputables a la voluntad de las partes, entre las que estarían la renuncia del trabajador o el desahucio del empleador.

Y respecto a la causal “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio” tampoco existe unanimidad en cuanto a su clasificación. Ello principalmente porque su origen alude a factores externos a las partes, ajenos a su voluntad o conductas. De este modo, algunos catalogan a esta causal como “económica” ya que se refiere al contexto económico y su incidencia en la empresa que provoca la necesidad en el empleador de despedir a su trabajador. La necesidad originada por factores económicos externos e independientes de las partes es la justificación para prescindir del trabajador.

En este sentido, esta causal se asemeja a una que estuvo en entredicho, debido al terremoto ocurrido el 27 de Febrero del año 2010 en el sur del país: “El caso fortuito o fuerza mayor”.

Para nuestro orden jurídico, de acuerdo al artículo 45 del Código Civil, el caso fortuito o fuerza mayor es “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, terremoto (...)”. De modo que, de manera semejante a la causal de despido por “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio”, el fundamento de terminación del contrato de trabajo se basa en que la ocurrencia del caso fortuito que “imposibilita la ejecución del mismo. Por consiguiente, como ha señalado la jurisprudencia “no constituye caso fortuito la ocurrencia de un hecho que hace más gravoso para el empleador el cumplimiento del contrato de trabajo. Así sólo se daña el establecimiento pero de todas maneras se puede cumplir con la obligación de proporcionar trabajo, aunque sea más oneroso, el empleador no queda excusado de dicha obligación, por lo que la terminación del contrato en virtud de dicho supuesto es injustificado; por lo que procede el pago de la indemnización por falta de aviso y de años de servicio. Por otra parte, sí constituye el caso fortuito el supuesto de daño al establecimiento de la empresa que hace imposible la continuación del proceso productivo y de ejecución del trabajo, por lo que procede la terminación del contrato en virtud de dicha causa”<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> ROJAS M; I; “Manual de Derecho del Trabajo: Derecho Individual”; Op. Cit; pp. 243 y 244.

Ambas causales son similares porque dependen de factores externos a las partes, sin embargo la Dirección del Trabajo indica diferencias entre una y otra con ocasión del sismo ya mencionado. Así en dictamen N° 1412/021, del 19 de marzo de 2010, señala que “si el legislador ha evitado exigir al empleador que invoca la causal "caso fortuito o fuerza mayor" el pago de una indemnización (por años de servicios), lo es por cuanto la contingencia en que se funde tal causal, debe generarle al empleador la imposibilidad absoluta de cumplir con sus obligaciones laborales, cuales son, la de otorgar el trabajo convenido y remunerar. Parece razonable, entonces, que a un empleador que deberá soportar los costos derivados de la contingencia (terremoto, en el caso en comento) y que le impiden continuar con su actividad, no se le recargue con el pago de indemnizaciones, pero debe actuarse con estrictez en el análisis y ponderación de sus circunstancias pues, en tal caso, quien soportará los efectos laborales del terremoto serán los trabajadores, al perder no sólo su fuente laboral, sino también sus indemnizaciones legales, circunstancias que atentarían contra el más básico sentido de equidad si, a poco transcurrir los días, la empresa volviera a funcionar, pero con otros trabajadores. Por ello, para el caso en que no pudiere cumplirse plenamente con las obligaciones por parte del empleador, pero si reemplazarse ellas por la indemnización que deriva de la aplicación de la causal necesidades de la empresa, se ajusta a derecho la invocación de esta última y no el caso fortuito o fuerza mayor”.

Siguiendo la interpretación de la Dirección del Trabajo, la distinción entre el despido, sin derecho a indemnización por cierto, por caso fortuito y por necesidades de la empresa sería el hecho de que en el primero el empleador tiene una nula posibilidad de mantener el puesto de trabajo de los trabajadores y, por ende, de cumplir con sus obligaciones contractuales. Mientras que se aplicaría la causal de necesidades de la empresa en todos aquellos casos en que no concurren los requisitos para aplicar el despido por caso fortuito, es decir que el empleador ha sufrido un hecho que ha cambiado las circunstancias y que a pesar de serle posible cumplir con sus obligaciones, ello se ha vuelto más gravoso.

Parece confusa la interpretación de la Dirección del Trabajo, ya que le otorga un carácter residual a la causal de necesidades de la empresa. Sería aplicable para

aquellos casos en que el empleador no pudiese cumplir plenamente con sus obligaciones, sin que sea contra la equidad si a poco transcurrir la empresa retoma sus funciones con otros trabajadores (lo que no es sino el efecto, del hecho ya comentado, de no ser aplicable el reintegro del trabajador en sus funciones ante un despido injustificado, salvo contadas excepciones).

**(ii) El despido por “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio” como causa no taxativa.**

Previamente, con ocasión de la revisión de la discusión parlamentaria originada por esta causal, se mencionó la redacción amplia de este artículo.

El legislador consagra como ejemplos de necesidades de la empresa:

- Las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos.
- Bajas en la productividad.
- Cambios en las condiciones del mercado o de la economía.

Pero esta enumeración no la hace de modo taxativo, sino a título meramente ejemplar, ya que utiliza la expresión “tales como”. Esto da a entender que pueden incorporarse otros hechos como necesidades de la empresa, que no son mencionados en este artículo y serán señalados por el empleador y acogidos o rechazados por el juez.

**(iii) Derogación del despido por “falta de adecuación laboral y técnica del trabajador”.**

Una de las principales modificaciones que incorpora la Ley 19.759 es la eliminación de la parte final del artículo 161, es decir suprime el despido por “falta de adecuación laboral o técnica del trabajador”.

Ello principalmente porque atenta contra la equidad, ya que permitía el despido de trabajadores que no eran aptos para su empleo debido a falta de capacitación, la que se entiende por algunos como una obligación del empleador, además de facultar al

despido de gente con alguna invalidez que le impidiera ser “adecuado” laboral o técnicamente.

En este sentido los ex senadores señores Diez, Gazmuri, Ruiz de Giorgio, Silva y Urenda mencionan, en el momento en que se discutió esta derogación en el Parlamento, que “quienes trabajan en la empresa no son herramientas: son seres humanos. Creo que hay carencia de respeto a la dignidad de las personas, sin mencionar el hecho –como lo mencionaba el señor Ministro- de que los trabajadores exonerados por falta de adecuación laboral, difícilmente encontrarán otra ocupación. Si la empresa tiene problemas con su personal, puede despedirlo con derecho a indemnización “por necesidades de la empresa”. Eso es distinto, aceptable. Nosotros no lo hemos objetado; pero la falta de adecuación laboral es en parte importante responsabilidad de la propia empresa, y por lo tanto no parece razonable que se castigue al trabajador por una función que no cumplió el que emplea”.

Cabe mencionar, que se presentó oposición a la supresión del despido por falta de adecuación técnica o laboral. Entre estos se encontraba la ex senadora señora Matthei que argumentó que “por un lado me llama la atención que todo el mundo culpe a la empresa de una pretendida falta de capacitación, si es que no hay adecuación. Sé que muchas personas llegan a 5º año de Economía, que fallan tres veces en el examen de grado y que no obtienen el título de ingeniero comercial, no porque no hayan tenido posibilidades de aprender. Fallaron. Igualmente muchos empiezan a estudiar medicina y no son capaces de terminar la carrera. Además, algunos otros repiten cursos en el colegio o en otras disciplinas. La falta de adecuación es una realidad del ser humano, y no siempre se debe a que se carece de la oportunidad de aprender. Por eso, primero, quiero reclamar por esta actitud permanente de la Sala en general de culpar siempre al empresario por no haber dado oportunidades. Es posible que las haya dado, y que el trabajador, por alguna razón, no haya sido capaz de adaptarse. Eso es lícito, y cuando así sucede puede terminarse el contrato. Si se entiende que esta causal está incluida en las necesidades de la empresa, nosotros estamos dispuestos a dar la unanimidad para que ella se suprima. Pero deseo recalcar que aquí se advierte una actitud bastante rara cuando se cree que siempre el

trabajador es infalible, víctima sobre la cual recaen todos los problemas, mientras que el empleador incurre en todos los pecados. Realmente, pienso que muchas veces las culpas son compartidas”.

**(iv) Reglas relativas al despido por “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio” incorporadas en los artículos 168 y 169.**

Los artículos 168 y 169 del Código del Trabajo, modificados por la Ley 19.759, regulan el procedimiento a seguir ante un despido por la causal en estudio.

En este sentido estas normas consagran:

- Cuando el empleador invoca la causal, deberá dar aviso al trabajador con a lo menos treinta días de anticipación, a menos que le pague una indemnización en dinero equivalente a la última remuneración mensual devengada. Este aviso supone una oferta irrevocable de pago de la indemnización por años de servicio, monto que deberá pagar en un solo acto al momento de extender el finiquito, salvo pacto en contrario.

En este sentido la Corte Suprema ha entendido que “el legislador laboral ha dispuesto, perentoriamente, que la comunicación que el empleador dirija al trabajador poniendo en su conocimiento la desvinculación decidida por necesidades de la empresa, tiene la naturaleza de una oferta irrevocable, es decir, no posible de ser dejada sin efecto. Sin embargo, una interpretación armónica de esa disposición conduce a exigir, para los efectos de la formación del consentimiento necesario para hacer surgir una obligación en términos de tal, la aceptación pura y simple por parte del destinatario de dicha oferta. Ello, por cuanto, conforme a lo dispuesto en el ya transcrito artículo 1437 del Código Civil, sólo el concurso de voluntades constituye fuente de obligaciones. Y no puede ser de otra manera, ya que la presencia de un finiquito, entendido éste como el instrumento en que empleador y trabajador, con motivo de la relación laboral, dejan constancia de la forma en que se ha puesto término a la relación laboral y del cumplimiento que cada uno de ellos ha dado a las obligaciones emanadas del contrato que los ligó, sin duda, es el resultado del acuerdo habido entre las partes. En tal instrumento se plasma el cumplimiento de las



obligaciones respectivas y la conformidad de cada uno de los involucrados con la narración allí contenida”<sup>13</sup>.

En caso de que el empleador no cumpla su pago, el trabajador puede recurrir al tribunal, pudiendo el juez incrementar el monto hasta en un ciento cincuenta por ciento.

Se debe hacer presente que en la materia es aplicable, el denominado por la jurisprudencia y doctrina, perdón de la causal. Este concepto se refiere a que “sin perjuicio de la oportunidad en la que debe invocarse la causal a efectos de certeza y de fundamento del despido, se debe tener presente que ella debe ser actual, en el sentido de que debe ser coetánea a los hechos que la fundan, pues el despido extemporáneo debe calificarse como injustificado, debiendo en tales casos tenerse por inaplicable la causal que se haya invocado, por la propia conducta del empleador”<sup>14</sup>.

De modo que debe existir una inmediación necesaria (Corte Suprema en Casación Rol 1.217-2004) entre el instante en que el empleador conoce los hechos que dan origen al despido y el momento en que adopta esta medida. Si ello no es así, se entiende que el empleador decide no ejercer su potestad disciplinaria lo que resultará en un despido injustificado. Por ello la Corte Suprema define el perdón de la causal como “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”<sup>15</sup>.

- Si un trabajador estima que la aplicación de la causal ha sido injustificada, indebida o improcedente, debe recurrir al juzgado competente dentro del plazo de sesenta días hábiles, contados desde el día de la separación del trabajador a sus funciones. Este plazo se suspende cuando el trabajador interpone el reclamo respectivo ante la Inspección del Trabajo, sin perjuicio de que no podrá recurrirse al tribunal transcurridos noventa días hábiles desde la separación.

---

<sup>13</sup> Corte Suprema; Recurso de Casación en el Fondo: “Ingrid Karina Molina Castro con BBVA Corredora Técnica de Seguros Limitada”; Rol 4522; Santiago; 2010.

<sup>14</sup> TAPIA G, F. “Fallos Laborales Comentados 2004: Orientaciones Jurisprudenciales”; Op. Cit p. 26.

<sup>15</sup> Corte Suprema, Recurso de Casación; Rol 1231; Santiago; 2003

- Si el juez declara que la causal ha sido aplicada injustificada, indebida o improcedentemente, debe ordenar el pago de la indemnización por años de servicio aumentada en un treinta por ciento (lo que significa un aumento significativa de esta pena ya que anteriormente el incremento era de un veinte por ciento).

Este recargo en la indemnización a pagar al trabajador la jurisprudencia lo entiende aplicable sólo para aquellos despidos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 19.759, invocando el artículo 9 del Código Civil que estipula que “La ley puede sólo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo”. En este sentido y acogiendo un recurso de Casación en la Forma, la Corte Suprema señala en los considerandos tercero y cuarto de la sentencia: “Tercero: Que, en segundo lugar, el demandado alega que se ha incurrido en la causal establecida en el artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en haberse otorgado más de lo pedido o extendiéndose, la sentencia, a puntos no sometidos a la decisión del tribunal. Tal vicio lo advierte en el hecho que la indemnización por años de servicios otorgada al actor se ordena incrementar en un 30%, en circunstancias que el actor solicitó el aumento del 20%, a lo que agrega que el aumento concedido fue establecido por la Ley N° 19.759 que empezó a regir un año después de iniciado el juicio. Cuarto: Que de la lectura de la parte dispositiva de la sentencia de que se trata, se desprende que, efectivamente, los jueces del fondo han otorgado más de lo pedido por el demandante, ya que han dispuesto que el resarcimiento por los años de servicios sea incrementado en un 30%, en circunstancias que el trabajador pidió el aumento del 20%, es decir, aquél que por ley correspondía a la época en que se produjo la desvinculación entre las partes”<sup>16</sup>.

Y para aquellos casos en que sea procedente el pago de una indemnización por haber sido declarado el despido como injustificado, improcedente o indebido, el juez debe otorgarlo aun cuando no le hubiese sido pedido. Nuestros tribunales entienden que la sola declaración de despido ilegal tiene como efecto la sanción indemnizatoria, que comprende también los recargos legales, que se aplican de pleno derecho toda vez que constituyen precisamente indemnización, También se entiende este criterio

---

<sup>16</sup> Corte Suprema, Recurso de Casación en la Forma: “Jeria Labarca contra Distribuidora Alfa S.A”, Rol 3.532; Santiago; 2003.

aplicable a aquellos casos en que el trabajador solicita un recargo menor del que la ley ha establecido, ya que se entiende que es la ley quien considera el porcentaje de recargo por lo que se hace obligatorio para el juez. Sin embargo existe jurisprudencia minoritaria según la cual se incurre en un vicio de nulidad cuando la sentencia otorga una indemnización o un recargo no solicitado, o sea otorga más de lo pedido.

#### **4° Jurisprudencia de la causal de despido por “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio”.**

Debido a los términos genéricos y amplios en que se encuentra regulada la causal en estudio, ha debido ser la jurisprudencia quien precise ciertos aspectos.

##### **(i) Respecto a la definición de necesidades de la empresa.**

La ley 16.455 incorpora a nuestra legislación, como justa causa de despido, a “las que sean determinadas por las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”, sin hacer enunciación o descripción alguna acerca de qué hecho o circunstancia constituía dichas necesidades. Por ello es que la jurisprudencia nacional señala que por estas debía entenderse a “la concurrencia de una situación objetiva de carácter técnico o económico que hiciera menester la separación de un trabajador de su empleo”<sup>17</sup>.

##### **(ii) Respecto a los requisitos para su configuración.**

Para que se configure la causal en estudio, la jurisprudencia estima que es necesario que las circunstancias que dan origen a la necesidad en la empresa revistan las siguientes características:

##### **(ii.1) No dependa de la voluntad de las partes**

---

<sup>17</sup> NADAL S., D., “El Despido en el Código del Trabajo”, Santiago, LexisNexis Chile, 2003, p. 291.

La causal de despido por necesidades de la empresa se refiere a circunstancias que rodean la actividad económica, independiente de la voluntad de las partes. Los casos contemplados en la ley se refieren a circunstancias económicas o tecnológicas.

Por ello se dice que “la causal de necesidades de la empresa es de carácter objetivo, por cuanto la separación del trabajador es producto de hechos graves de naturaleza económica que se imponen en forma exógena a una administración diligente del empleador”<sup>18</sup>.

### **(ii.2) Gravedad de las circunstancias**

Para que se configure la causal, las circunstancias económicas o tecnológicas que afectan a la empresa deben ser graves. Ello significa que deben ser de tal magnitud que provoquen en el empleador la necesidad de despedir a uno o más de sus trabajadores. De este modo no basta, a modo de ejemplo, con que el cambio en las condiciones del mercado importe un menor lucro del empleador, sino que estas deben significar un perjuicio o imposibilidad de mantener a sus trabajadores, lo que hace necesario la reducción de personal.

### **(ii.3) Carácter permanente de las circunstancias**

Las graves circunstancias, ajenas a la voluntad de las partes, que originan la necesidad en la empresa deben tener un carácter permanente, es decir no deben ser transitorios y subsanables. Ello porque de serlo no justificarían la necesidad de despedir trabajadores.

En este sentido la Corte Suprema ha señalado que “la causal de “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio está contemplada como una causal de término del contrato de trabajo objetiva, independiente de la voluntad de las partes y que dice relación exclusivamente con circunstancias que rodean la actividad económica de que se trata. Los casos contemplados en la ley apuntan a circunstancias económicas o tecnológicas. Para su configuración es necesario que las circunstancias

---

<sup>18</sup> Corte de Apelaciones: Recurso de Apelación: “María Isabel Tureuna Tureuna con I. Municipalidad de Los Angeles”; Rol 555; Concepción; 2007.

no emanen de la sola voluntad o responsabilidad de la empresa, de modo que éstas deben ser objetivas, graves y permanentes. Los problemas económicos de la empresa no deben ser transitorios y subsanables. La ley al referirse a las “necesidades de la empresa no sólo se refiere a las necesidades de carácter técnico sino que también de orden financiero o económico”<sup>19</sup>.

### **(iii) Respecto a las hipótesis de aplicación de la causal.**

Como se señalara anteriormente, el artículo 161 del Código del Trabajo contempla diversas hipótesis de aplicación de la causal de despido por necesidades de la empresa, ya que su configuración no puede sustentarse en una decisión unilateral caprichosa.

A saber, las hipótesis señaladas en la ley son: las derivadas de la racionalización o modernización de la empresa, las bajas en la productividad y los cambios en las condiciones del mercado o de la economía. Estos ejemplos no tienen un carácter taxativo, por lo que se admiten otras situaciones análogas, las que como se menciona en el punto anterior, deben ser originadas por circunstancias tecnológicas o económicas, ajenas a la voluntad de las partes, graves y permanentes. Sin embargo, es menester señalar que entiende la jurisprudencia nacional al respecto de las hipótesis consagradas expresamente en el Código del Trabajo.

#### **(iii.1) Racionalización o modernización de la empresa:**

Para la jurisprudencia nacional, racionalizar es una especie dentro del género reestructurar. Esta diferencia es la que permite distinguir un despido procedente de uno que no lo es, ya que racionalizar significa organizar de un modo racional.

Para entender la distinción cabe mencionar la apelación tramitada ante la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, el veintiséis de Octubre del año dos mil siete, de Rol Laboral 28-2007, donde se confunden los términos ya que como señalara en su primer considerando de la sentencia: “la decisión de la demandada carece de lógica pues las labores desempeñadas por su parte, persona debidamente calificada, actualmente

---

<sup>19</sup> Corte Suprema; Recurso de Casación en el Fondo: “Bernardino Alfonso Toledo Castillo con Compañía de Seguros Vida Corp. S.A.”; Rol 5692; Santiago; 2007.

están siendo ejercidas por dos trabajadores que no tienen esa calificación, habiendo aumentado la remuneración de uno de ellos en términos equivalentes a lo que percibía el actor. Dice también que la confusión entre los términos racionalizar y redistribuir no es posible, menos aún si en el escrito de contestación se afirmó que la empresa suprimió el cargo del actor, y que la causal esgrimida es falsa, inexistente o en última instancia simulada, toda vez que la causal que realmente se oculta es la de desahucio, de manera que si la demandada quiso separar al actor de sus labores en forma antojadiza y en su lugar colocar a un tercero debió utilizar aquella herramienta y no inventar o simular una causal; invocando luego algunos pasajes de la contestación de la demanda y de la prueba rendida”.

Con el término modernización de la empresa, el legislador se refiere a aquella necesidad originada por circunstancias tecnológicas ajena a la voluntad del empleador. No cabe confundir esta causal con la hipótesis de falta de adecuación laboral o técnica del trabajador, eliminada por la Ley 19.759. Para la Inspección del Trabajo, en dictamen N°4542/216 del año 1994, la falta de adecuación laboral del trabajador debe entenderse como “la circunstancia de no avenirse el dependiente con el trabajo en su aspecto económico, jurídico y social, y por falta de adecuación técnica, el hecho de no avenirse el trabajador con los procedimientos y recursos de determinada ciencia o arte que debe utilizar la empresa, generada por la modernización tecnológica”.

El espíritu del legislador al eliminar esta hipótesis es impulsar a los empleadores a potenciar la capacitación de sus trabajadores y que éstos puedan adaptarse a las nuevas tecnologías, de modo que si una persona no puede desempeñar una labor nueva en la empresa donde trabaja, su empleador no podrá despedirlo aduciendo falta de adecuación laboral o técnica.

### **(iii.2) Bajas en la productividad.**

Por productividad podemos entender la concurrencia coordinada de los factores productivos con la mira de lograr eficiencia en la gestión. “Cuando esta coordinación es alterada por una ruptura en la armonía entre trabajo, capital y/o tecnología resulta una pérdida en la eficiencia de la producción del bien o de la prestación del servicio, que acarreará una disminución en la calidad y/o cantidad de lo ofrecido, al punto que puede

llegar a comprometer seriamente la competitividad en el mercado de la unidad productiva en cuestión”<sup>20</sup>.

Reunidas estas circunstancias, más las ya mencionadas objetividad, gravedad y temporalidad, se configura la causal de despido, la que no debe confundirse con el hecho de que toda empresa constituye un complejo de eventualidades, de ganancias y pérdidas, las cuales son de exclusiva responsabilidad del empleador. El debe ser quien adopte las medidas necesarias para la correcta marcha de los negocios, no correspondiendo a los trabajadores asumir los perjuicios surgidos de una incorrecta administración.

Por ello es que debe ser el empleador quien soporte las pérdidas de su empresa. Reiteradamente nuestros tribunales han fallado en este sentido, como lo es el Recurso de Casación donde se indica que “el hecho que el actor no haya cumplido la meta de venta de pólizas de seguro, que derivó en un bajo rendimiento laboral, no es una hipótesis que encuadre en la causal “necesidades de la empresa por ser tal incumplimiento de metas ajeno a la naturaleza y filosofía de la causal. El carácter objetivo de la causal “necesidades de la empresa pugna con cualquiera causal cuya configuración dependa de la capacidad o conducta del trabajador, de manera que las consideraciones humanas deben subsumirse al interior del grupo de causales de terminación de contrato de trabajo subjetivas. En tales casos, es dable aceptar el advenimiento de la causal de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, previa acreditación de sus elementos, por cierto, pero no las necesidades de la empresa”<sup>21</sup>.

### **(iii.3) Cambios en las condiciones del mercado o de la economía.**

Esta hipótesis se refiere a cambios originados en el sistema económico imperante en el país, a cambios ajenos a la voluntad del empleador y trabajador que afectan al entorno en que se desenvuelve la empresa y que en definitiva resultarán en

---

<sup>20</sup> Corte de Apelaciones; Recurso de Apelación; Rol 428; Concepción; 2007

<sup>21</sup> Corte Suprema; Recurso de Casación en el Fondo: Rol 5692; Op. Cit.

una disminución de la demanda de sus bienes o servicios, que creará una necesidad en la empresa de prescindir de uno o más de sus trabajadores.

Cabe reiterar que es indispensable, para la configuración de esta causal, que concurra la objetividad, gravedad y temporalidad ya mencionadas. De no ser así, corresponde al empleador soportar los perjuicios ocasionados, sin traspasarlos a sus trabajadores. En este sentido la Corte Suprema ha sido concluyente al señalar 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 innecesariedad 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”<sup>22</sup>.

Es evidente que la jurisprudencia ha tenido un rol activo en definir el alcance de la causal de despido en estudio, por lo que a modo de resumen cabe concluir este capítulo con lo indicado por la Corte Suprema en este sentido: “el legislador contempla en el artículo 161 inciso 1º 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”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Corte de Apelaciones; Recurso de Apelación: “Julia Magali Parra Muñoz con Impresora y Comercial Publiguías S.A.”; Rol:342, Concepción; 2007.

<sup>23</sup> Corte Suprema; Recurso de Casación en el Fondo: Rol 5692; Op. Cit.



### **CAPÍTULO III**

#### **LAS NOVEDADES DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR NECESIDADES DE LA EMPRESA, ESTABLECIMIENTO O SERVICIO EN LA LEY 20.087.**

##### **III.1 GENERALIDADES.**

El veintidós de Septiembre del año dos mil tres, el entonces Presidente de la República de Chile, don Ricardo Lagos Escobar, envía al Congreso un proyecto de ley cuyo objetivo era sustituir el procedimiento contemplado en el Título V del Código del Trabajo, ya que como mencionara en el respectivo Mensaje Presidencial “es un hecho que los demandantes de justicia laboral deben postergar sus expectativas de solución jurisdiccional, debido a lo extenso de los procesos y a las dificultades para ejercer patrimonialmente los derechos declarados en juicio. Es por ello, que se hace patente e impostergable la necesidad de introducir profundas transformaciones en el sistema de la justicia laboral y previsional, con miras a implementar en Chile un modelo de relaciones laborales que dé cuenta de un mayor nivel de equidad y equilibrio, asegurando niveles adecuados de bienestar social y económico”<sup>24</sup>.

Así, el tres de enero del año dos mil seis, se publica la Ley 20.087 que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. Esta consagra que los juicios laborales se regirán por una serie de nuevos principios con el fin de posibilitar la efectividad del derecho sustantivo en materia laboral. Estos serán entonces regulados por el Párrafo 1° del Capítulo II, del Título I, del Libro V, denominado: “De los principios formativos del proceso”. Así, los artículos 425 y siguientes del Código del Trabajo, incorporan al procedimiento laboral los siguientes principios generales:

---

<sup>24</sup> HISTORIA DE LA LEY N°20.087, CHILE; “Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo”; Biblioteca del Congreso Nacional de Chile; Santiago; 2006, p 8.

**(i) Oralidad**

Todas las actuaciones procesales, por o ante el juez de la causa, serán orales (salvo las excepciones contempladas en la ley) y deben ser registradas por cualquier medio apto para producir fe.

**(ii) Publicidad, Concentración y Celeridad**

Según el artículo 428 de Código del Trabajo “Los actos procesales serán públicos y deberán realizarse con la celeridad necesaria, procurando concentrar en un solo acto aquellas diligencias en que esto sea posible”.

**(iii) Inmediación**

Las audiencias deben desarrollarse en su totalidad ante la presencia del juez de la causa, el que las presidirá sin posibilidad de delegar su ministerio. La inobservancia de este principio se sanciona con la nulidad insaneable de las actuaciones respectivas.

**(iv) Impulso procesal de oficio**

Una vez reclamada, de forma legal, la intervención del juez laboral este deberá actuar de oficio. Ello implica que debe decretar las pruebas que estime necesarias, adoptará las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida (por lo cual no es aplicable el abandono del procedimiento), corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento.

**(v) Buena fe**

Los actos procesales deben ejecutarse de buena fe, por lo que la ley faculta al juez para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias, las cuales podrá rechazar de plano.

**(vi) Bilateralidad de la audiencia**

Para el correcto desarrollo del acto procesal laboral deben ser notificados previa y válidamente las partes involucradas en el proceso, respetando su derecho a realizar alegaciones y presentar peticiones al juez de la causa. Sin perjuicio de ello, las

audiencias se celebrarán con las partes que asistan (estando válidamente citadas), afectándole a la que no concurra todas las resoluciones que se dicten en ella, sin necesidad de ulterior notificación.

**(vii) Gratuidad**

Toda actuación, trámite o diligencia del juicio que sea realizada por funcionarios del tribunal será gratuita para las partes. Y aquellos que gocen de beneficio de pobreza tendrán derecho a defensa letrada gratuita otorgada por la Corporación de Asistencia Judicial, un abogado de turno o el sistema que establezca la ley.

Como se mencionara con anterioridad, la implementación de estos principios formativos pretende que el derecho sustantivo laboral pueda ser efectivamente reconocido, ya que como menciona el ex Presidente don Ricardo Lagos en el mensaje previamente citado “el reconocimiento sustantivo de una serie de derechos no es suficiente para alcanzar un sistema de relaciones laborales equitativo y justo. Se requiere, además, contar con los mecanismos adecuados de tutela y protección jurisdiccional. En esta dirección, el proyecto busca materializar, en el ámbito del proceso laboral, un sistema de garantías procesales que se orienten a dar efectividad al derecho sustantivo”<sup>25</sup>.

Sin embargo, la Ley 20.087 no sólo incorpora normas procesales al Código del Trabajo, también incluye reformas sustantivas, algunas de las cuales dicen directa relación con la materia objeto de estudio de esta memoria, por lo que los siguientes párrafos tratarán este relevante asunto.

---

<sup>25</sup> Op. Cit; p.10

### III.2 EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

La Ley 20.087 incorpora un nuevo Párrafo 6°, denominado “Del Procedimiento de Tutela Laboral”. Este es uno de los dos procedimientos especiales que incorpora la citada normativa al ordenamiento jurídico laboral, junto al procedimiento Monitorio que es aplicable a las causas de mínima cuantía.

El Procedimiento de Tutela Laboral tiene por objetivo el respeto de los Derechos Fundamentales de los trabajadores en nuestro país, lo que importa una progresión dentro de nuestro ordenamiento jurídico laboral ya que “del obrero proletario al trabajador asalariado de las primeras leyes laborales, y del asalariado al trabajador organizado sindicalmente de mediados del siglo pasado, el Derecho del Trabajo chileno acaba de venir en dar su tercer y último paso hacia delante: la recepción del trabajador como ciudadano”<sup>26</sup>.

Pretende garantizar, al interior de las empresas, un trato al trabajador digno de un sujeto parte de una sociedad democrática. Ello implica reconocer y proteger aquellos derechos que han sido denominados por la doctrina comparada como “laborales inespecíficos” que han sido definidos como aquellos “otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas”<sup>27</sup>. Con ello el trabajador logra ser considerado desde sus múltiples dimensiones: como parte débil de un contrato de trabajo, como actor político miembro de una organización sindical y como ciudadano inserto en una sociedad democrática, lo que origina un proceso que la doctrina conoce como la constitucionalización del Derecho del Trabajo, que resulta en el arribo con fuerza vinculante de derechos fundamentales no laborales al interior de las relaciones de trabajo.

---

<sup>26</sup> UGARTE C., JL; “Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”; Op Cit; p. 3.

<sup>27</sup> PALOMEQUE, M. C.; “Los Derechos Laborales en la Constitución Española”; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid; España; 1991; p.15.

Dicha implicancia ha convertido al Procedimiento de Tutela en uno de los ejes de la nueva ley laboral y es en este sentido que el ex Presidente de la República, don Ricardo Lagos se refiere a este como “uno de los pilares centrales del proyecto, apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico-laboral, de los derechos que el trabajador detenta no sólo en cuanto trabajador sino que también en su condición de persona (derecho a la intimidad y vida privada, el honor y la propia imagen, el pensamiento político o religioso, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc.). Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas. Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos. Como nos señala el insigne jurista italiano Norberto Bobbio, el “problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos”. Teniendo en cuenta las consideraciones esbozadas, se ha estimado de vital importancia, siguiendo muy de cerca las experiencias comparadas, diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales al interior de la empresa a través de un procedimiento especial que de cuenta de una serie de garantías procesales conducentes a una adecuada y eficaz protección”<sup>28</sup>.

Los parlamentarios señores Vilches y Rossi refuerzan lo anterior, el primero al señalar: “Quiero expresar mi conformidad por el importante paso que estamos pronto a dar: aprobar un proyecto emblemático y decidido en materia de protección de los derechos de los trabajadores. Lo digo de esta manera, porque normalmente los trabajadores ante las dificultades que tienen en su relación laboral con los empresarios a veces se encuentran en la indefensión, además de carecer de los conocimientos y preparación para enfrentar despidos y otras coyunturas laborales. Por eso, estoy convencido de que los problemas del mundo del trabajo se fundamentan principalmente en la eficacia para defender los derechos de quienes son los sujetos protegidos por esta legislación”<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> HISTORIA DE LA LEY N°20.087;Op. Cit; p.12

<sup>29</sup> Op. Cit; p.799

Y el señor Rossi al manifestar que “lo más importante es la generación de una verdadera cultura de respeto de los derechos de los trabajadores, donde aquello se entienda como un principio fundamental de la democracia y también como algo muy positivo e importante para el desarrollo de la economía”<sup>30</sup>.

En el mismo sentido el máximo tribunal de nuestro país ha señalado que “uno de los pilares centrales de las modificaciones introducidas al Código del Trabajo por las leyes números 20.022, 20.023, 20.087, 20.260 y 20.287, se dirigieron entre otros aspectos, a remarcar la vigencia plena de los derechos que el trabajador detenta no sólo en tal calidad, sino que también en su condición de persona, estableciendo aquello como eje fundamental en las relaciones laborales, creando nuevos procedimientos, más democráticos como se dijo en el proyecto, generándose al efecto el de tutela laboral”<sup>31</sup>.

En definitiva, el Procedimiento de Tutela Laboral es uno de los ejes centrales de la Ley 20.087, ya que pretende establecer un modelo por el cual los derechos laborales y fundamentales de los trabajadores sean efectivamente cautelados a través de una eficacia directa entre particulares, donde se exigen respeto a sus garantías fundamentales, pudiendo acudir a los tribunales si ello fuera necesario. Los Derechos Fundamentales de los trabajadores dejan de ser una mera declaración de principios “(contenidos en meras “declaraciones”) lo que implicaba que no tenían la fuerza normativa directa para ser litigados en sede judicial. Los verdaderos derechos eran tan sólo posiciones directas y concretamente definidas en la ley sustantiva y procesal; los derechos constitucionales en cambio estaban lejos de definir directa y concretamente en qué ocasiones eran violados, en qué ocasiones se imponían su protección o que remedios se imponían para su protección”<sup>32</sup>.

Esta exigibilidad directa entre los particulares, corresponde a lo que en doctrina se denomina como eficacia horizontal de los derechos fundamentales lo que significa “la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el

---

<sup>30</sup> Op. Cit; p.800

<sup>31</sup> Corte Suprema; Recurso de Amparo: “Elecier Mauricio Fuentes Zenteno con Juez del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena Ximena López”; Rol 3779, Santiago; 2009.

<sup>32</sup> LOPEZ MEDINA, D.; “Teoría Impura del Derecho”; Santiago, N°14, p.446.

ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos como, por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión o el derecho a la intimidad”<sup>33</sup>. Esta ha venido a ser ratificada y respaldada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en su Opinión Consultiva número 18) al señalar que “en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica, y particularmente, por la teoría del drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”.

El fin consiste en equilibrar la relación privada particular originada por un vínculo laboral, donde se entiende debilitada a una de las partes por la existencia de la subordinación o dependencia que en definitiva es poder de uno de los contratantes sobre otro. Esto provoca que sea una relación más parecida a una típica de derecho público, donde uno de los contratantes tiene jerarquía sobre otro, que una de derecho privado donde ambas partes son iguales y rige plenamente la autonomía de la voluntad, por lo que una constitucionalización del derecho del trabajo no viene en ser extraño a su naturaleza.

La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo (en Dictamen n° 287/14 de 11.01.96) ha caminado en esta dirección al señalar que “mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y disciplina, esto es, de la facultad del empleador para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha garantía se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y la honra de las personas”.

---

<sup>33</sup> PEÑA, C.; “Sistema Jurídico y Derechos Humanos”; Santiago, Universidad Diego Portales, 1996, p.668.

Cabe mencionar que previo a la entrada en vigencia del Procedimiento de Tutela Laboral, era el artículo 5° del Código del Trabajo quien consagraba la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de los trabajadores al consagrar que “el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”, lo que se presentaba como insuficiente ya que no existía un mecanismo que velara por el respeto de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de una relación laboral, lo que implicaba un divorcio entre las normas y la realidad ya que el Recurso de Protección (mecanismo contemplado en nuestra legislación para la observancia de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución) se mostraba inútil para ello.

Las principales razones de ello, a juicio del profesor don José Luis Ugarte, eran:

**(a) La construcción jurídicamente neutra del recurso de protección.**

La acción de protección no se hace cargo de la realidad de la contratación laboral, en cuanto no considera la débil posición del trabajador frente al empleador. En doctrina comparada se ha señalado que “la concepción del derecho del trabajo, también de derecho procesal del trabajo, como ordenamiento compensador e igualador de desigualdades materiales o reales, no sólo permite, sino que también demanda, la especialización del proceso laboral y el establecimiento de tratamientos procesales diferenciados en beneficio del trabajador”<sup>34</sup>,

**(b) Solución del conflicto insuficiente.**

La solución de equidad y extraordinaria que entrega la acción de protección se hace insuficiente en sede laboral por cuanto en ocasiones lo que se requiere es la declaración de nulidad de los actos lesivos y la consecuente indemnización de perjuicio, que sólo pueden ser determinados mediante un proceso de fondo ante un juez de grado.

---

<sup>34</sup> CASAS BAHAMONDE, M.E.; “La Reforma de la Legislación Procesal Laboral: los Recursos en la Ley de Procedimiento Laboral”; España; REDT N°46, 1991; p.197.



**(c) Carácter taxativo.**

El recurso de protección tutela sólo ciertos derechos enumerados en el artículo 19 de la Constitución, entre los que, según la interpretación dominante, no se encuentra la no discriminación laboral.

**(d) Riesgos para la estabilidad en el empleo.**

El accionar de protección puede resultar perjudicial para la estabilidad en el empleo del afectado, ya que no es de extrañarse que el empleador adopte represalias en su contra, especialmente el despido. Y en este sentido cuenta con la causal objeto de estudio del presente trabajo, que a juicio del citado autor es un mecanismo insuperable a nivel legal.

Como veremos en su oportunidad, el Procedimiento de Tutela se hace cargo de varias de estas falencias, por lo que significa “el primer paso del orden jurídico laboral por tomar en serio este tipo de derechos de los trabajadores, comenzando poco a poco a desmontarse lo que podríamos denominar el modelo cerrado de empresa, entendido como un espacio jurídico privado donde la acción de los derechos sólo quedaba restringida al cumplimiento de condiciones laborales y económicas mínimas, para dar paso a un espacio jurídico público, expuesto al efecto expansivo de los derechos fundamentales. Idea esta última a la que por fin comienza a confluir tanto la ley como la jurisprudencia judicial”<sup>35</sup>

**1° Definición y alcance del Procedimiento de Tutela Laboral.**

Es pertinente iniciar señalando que en estricto rigor, todos los procedimientos del Código del Trabajo son de tutela laboral, por lo que el incorporado por la Reforma Laboral viene a ser un mecanismo de protección calificada de un solo tipo de derechos: los fundamentales del trabajador.

---

<sup>35</sup> UGARTE C., JL; “Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”; Op Cit; p. 20.

Pero ya realizada esta aclaración, al mencionar el Procedimiento de Tutela Laboral me referiré al denominado como tal por la Ley 20.087.

Para la doctrina, la Tutela Laboral es el mecanismo procesal que ingresa la eficacia horizontal de los derechos fundamentales del trabajador a la relación laboral.

Por su parte la ley, en el artículo 485 del Código del Trabajo incorporado por la Ley 20.087, lo define como aquel que “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”.

De ello resulta que será requisito esencial para la existencia de este procedimiento una lesión a los derechos fundamentales del trabajador, lo que lo define como un ilícito de resultado, no de actividad. Lo relevante entonces es la afectación a las garantías del trabajador, no la concurrencia de conductas tipificadas por el legislador. Esto es considerado por la doctrina como un avance en la técnica jurídica por cuanto centra el debate en la protección efectiva de los derechos del trabajador y no en la tipificación de las conductas del empleador.

A pesar de ser un ilícito de resultado, no toda vulneración de garantías fundamentales del trabajador debe ser conocido por el Procedimiento de Tutela ya que esta sólo se producirá cuando el empleador, haciendo ejercicio de las facultades que la ley le otorga, limite el pleno ejercicio de los derechos y garantías que la ley reconoce al trabajador, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Al respecto cabe señalar que las “facultades que la ley le otorga” al empleador son consecuencia de garantías constitucionales, de modo que “el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad de dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica”<sup>36</sup>

También se producirá lesión a los derechos y garantías del trabajador cuando se ejerzan represalias en contra de estos, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales. Así el

---

<sup>36</sup> Dirección del Trabajo; Dictamen N°8237; Santiago; 1995.

inciso 3 del artículo ya mencionado consagra lo que en doctrina se conoce como “garantía de indemnidad del trabajador” que será oportunamente desarrollado.

Es pertinente señalar que junto al resultado es requisito esencial que la conducta ilícita sea obra del empleador, de modo que no cabe ser conocida por esta vía conductas ilícitas ejecutadas por compañeros de trabajos u otros sujetos que no representen al empleador. Sin embargo, aplicando la naturaleza de acción de resultado de este procedimiento, nada obsta a que el trabajador pueda ejercer acción de tutela, cuando hubiese solicitado la protección del empleador ante actos de sus pares que atentaren contra sus garantías fundamentales y este no hubiese adoptado las medidas pertinentes.

En un principio, el proyecto de la Ley 20.087 pretendía que el Procedimiento de Tutela Laboral asegurara todos los derechos fundamentales de los trabajadores, permitiendo una interpretación amplia al indicar el artículo 502 que “este procedimiento tendrá por objeto tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de las relaciones laborales, cuando aquellos resulten lesionados por el ejercicio de las facultades empresariales”.

Este asunto fue objeto de discusiones entre los parlamentarios, ya que se manifestaba la inquietud de que sería injusto y excesivamente oneroso para los empleadores el asegurar la observancia de un ilimitado catálogo de derechos fundamentales. En este sentido el parlamentario señor Uriarte indica que “es necesario hacer una distinción. El Estado de Chile no puede hacerse cargo ni responder de todas las demandas sociales, porque no tiene capacidad económica para hacerlo. En las actas constitucionales se trata ampliamente el tema. Por eso, el recurso de protección se hace cargo sólo de algunas garantías constitucionales, no de todas, porque no hay plata para ello; ni siquiera alcanza con el aumento del precio del cobre, caído del cielo, que llega a dos mil millones de dólares. En consecuencia, por un lado le decimos al Estado: “Mire, usted va a quedar liberado de hacerse cargo de ciertas obligaciones y necesidades, porque no tiene plata para hacerlo y no le puede asegurar trabajo a todo el mundo, porque no está en condiciones económicas de hacerlo”, pero, por otro, le decimos al empleador, a quien se lo trata como un supergerente o supercapitalista:

“Mire, usted va a tener que responder de todos los derechos laborales o, más bien, de todos los derechos fundamentales,” los que ni siquiera están precisados en este articulado”<sup>37</sup>.

En definitiva, y en razón de este y otros argumentos, es que el legislador decide que el Procedimiento de Tutela Laboral sólo será aplicable para ciertas garantías, entregando un catálogo preciso de ellas, por lo cual para ejercer el resto de los derechos fundamentales en materia laboral no habría acción.

Concordante con ello, la jurisprudencia nacional ha dado cabida a las denuncias de tutela laboral, cuando ellas dicen relación con la vulneración de los derechos que la ley expresamente señala. En este sentido, el Juez de Letras de Puerto Montt, en sentencia de catorce de abril del presente año, señala que “por la gravedad de los derechos lesionados, este es, un procedimiento de excepcionalidad y como tal las causales que lo hacen procedente son taxativas, sin embargo, la actora invoca el numeral 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República que garantiza la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, numeral que no contempla el artículo 485 del Código del Trabajo, por lo cual los hechos invocados por la actora no son procedentes mediante un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales toda vez que la misma ley procesal laboral no lo ha incluido, por lo mismo con sólo estos argumentos la demanda de tutela formulada por la actora debe ser desechada por carecer, en este punto, de acción para invocar la tutela”.

De este modo, el legislador en los incisos primero y segundo del artículo 485 del Código del Trabajo, establece el alcance, cuales son los derechos y garantías fundamentales que se reconocen al trabajador mediante la aplicación del procedimiento de tutela (las cuales se pueden clasificar según su origen: constitucional o legal):

**(i) El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.**

---

<sup>37</sup> HISTORIA DE LA LEY N°20.087;Op. Cit; p.248.

Al respecto el legislador señala que esta vulneración debe ser consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, por lo que para su concurrencia debe existir una relación inmediata entre el hecho propio del vínculo de trabajo entre empleador y trabajador y la vulneración a la vida, a la integridad física y psíquica.

**(ii) El derecho a la vida privada y a la honra.**

Será aplicable el Procedimiento de Tutela Laboral cuando como resultado de la relación de trabajo se viole el derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

**(iii) El derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.**

El Procedimiento de Tutela hace referencia al artículo 19 número 5 de la Constitución Política de la República, pero lo limita ya que sólo vela por el respeto a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, entendiendo que la inviolabilidad del hogar es un asunto ajeno al ámbito del derecho laboral.

**(iv) El derecho a la libertad de conciencia.**

Mediante este procedimiento se intenta resguardar 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.

**(v) El derecho a manifestar opinión.**

El legislador incluye como derecho fundamental a cautelar 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.

**(vi) El derecho a la libertad de trabajo.**

El Procedimiento de Tutela resguarda la libertad de trabajo en los términos del artículo 19 número 16 de la Constitución Política de la República, pero sólo en cuanto a asegurar:

- La libertad de trabajo y su protección. Salvo que el trabajo se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

- La libre contratación y elección del trabajo con una justa retribución.
- La libertad de afiliación y desafiliación a alguna organización o entidad.

#### **(vii) El derecho a la no discriminación.**

El legislador hace extensiva la aplicación de este procedimiento al derecho de todo trabajador a la no discriminación. Sin embargo lo hace con dos limitaciones relevantes.

En primer lugar, considera como dignos de tutela los actos discriminatorios del artículo 2 del Código del Trabajo que son “aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de 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”, en desmedro de la garantía constitucional del artículo 19 número 16. Este último entiende a la discriminación laboral en términos más amplios, como las distinciones de trato que “no se basen en la capacidad o idoneidad personal”.

Luego el legislador vuelve a reducir su aplicación en cuanto exceptúa los actos de discriminación contemplados en el inciso 6 del artículo 2 del Código del Trabajo ya mencionado, vale decir aquellos que sucedieren con ocasión de las ofertas de trabajo realizadas por un empleador directamente o a través de terceros. Por tanto cabe considerar al Procedimiento de Tutela como aplicable sólo a aquellas relaciones laborales vigentes o extinguidas.

#### **(viii) El derecho a la sindicalización y a la negociación colectiva.**

Para tutelar el derecho a la sindicalización y la negociación colectiva, y en específico para sancionar las prácticas antisindicales o desleales, en la negociación colectiva o fuera de ella, los artículos 292 y 389 del Código del Trabajo, reformulados por la Ley 20.087, consagran que el conocimiento y resolución de las infracciones ocurridas por este tipo de actos, se sustanciarán conforme al Procedimiento de Tutela.

**(ix) El derecho a la indemnidad.**

Una de las reformas sustantivas de la Ley 20.087, es la contenida en la parte final del inciso tercero del artículo 485 ya que viene en consagrar un derecho a tutelar distinto de aquellos previamente estipulados en sede constitucional o legal: la garantía de indemnidad laboral.

Con origen en el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 5 del Convenio N° 158 de la OIT sobre terminación del contrato de trabajo, se le ha definido como “la garantía del trabajador a no ser objeto de represalias por parte del empleador en el ejercicio de sus derechos laborales de cualquier naturaleza (fundamentales específicos o inespecíficos, legales o constitucionales), a resultas o como consecuencia de las actuaciones de organismos públicos en la materia, tanto judiciales como administrativos”<sup>38</sup>.

Su importancia radica en que “vedaría al empresario la posibilidad de ocasionar daño por el simple hecho de formular el trabajador una reclamación de derechos, pudiendo revestir los mecanismos de represalia empresariales distintas modalidades, como son las no renovaciones contractuales, discriminaciones retributivas, modificaciones de condiciones de trabajo, traslados, sanciones disciplinarias y despidos”<sup>39</sup>.

El derecho comparado resguarda este derecho y le otorga relevancia para la existencia de un sistema eficiente de tutela laboral. En este sentido el Tribunal Constitucional de España ha dicho que “en el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya

---

<sup>38</sup> UGARTE C., JL; “Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”; Op Cit; p.36.

<sup>39</sup> VALLE, F.; “La Garantía de Indemnidad del Trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”; España, Derecho Social N° 29, 2005, p.82

que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo.”<sup>40</sup> .

## **2º Características del Procedimiento de Tutela Laboral.**

El Procedimiento de Tutela Laboral presenta una serie de innovaciones en materia de derecho laboral, además de varios aspectos relevantes de mencionar.

### **(i) Numeración taxativa de las garantías y derechos fundamentales a tutelar.**

Tal y como previamente se indicara, el Procedimiento de Tutela sólo es aplicable ante la vulneración de ciertos derechos fundamentales del trabajador. El legislador señala específicamente cuales son ellos, realizando una numeración taxativa asegurando un catálogo limitado de garantías tuteladas.

Cabe recordar que no es suficiente cualquier vulneración al derecho expresamente tutelado en la ley, sino que ello se entiende que sucede cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de estos. Sin que existe justificación suficiente, sea realizado en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Lo mismo se entiende para aquellas represalias ejercidas en contra de los trabajadores como consecuencia del ejercicio de acciones administrativas (ante la Inspección del Trabajo) o judiciales, el cual previamente mencionado es denominado como garantía de indemnidad.

### **(ii) Es incompatible con el recurso de protección.**

Previamente en esta obra, se señalaron las ventajas y desventajas de la acción de protección, consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, para velar por los derechos fundamentales de los trabajadores.

---

<sup>40</sup> Tribunal Constitucional; “Sentencia 16/2006”; Madrid, España; 2006.



De dicho análisis, es manifiesto lo conveniente de utilizar el Procedimiento de Tutela por sobre el recurso de protección, por lo que en este punto sólo cabe hacer referencia a que la ley consagra una incompatibilidad entre ambos.

Así, el inciso cuarto del artículo 485 señala que interpuesta la acción de protección no se podrá efectuar una denuncia de acuerdo a las normas del Procedimiento de Tutela, siempre y cuando se trate de los mismos hechos.

### **(iii) Participación de terceros.**

A pesar de ser el trabajador afectado el titular de la acción y el derecho de tutela, el Código del Trabajo le otorga a las organizaciones sindicales y a la Inspección del Trabajo la facultad de participar en las causas que se substancien por este procedimiento. Ello porque nuestro ordenamiento jurídico laboral entiende que los derechos fundamentales del trabajador son irrenunciables, al consagrarlo así el artículo 5 del Código del Trabajo y estar contenidas en normas jurídicas de derecho público de rango constitucional, y por su importancia deben ser promovidos por los entes pertinentes.

De este modo, la organización sindical a la cual este afiliado el trabajador afectado puede hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante. Además podrá interponer denuncia actuando como parte principal en el proceso, siempre y cuando invoque un interés legítimo. Dicho concepto no es de utilización frecuente en nuestro derecho, como si lo es en el derecho comparado, pero en lo que respecta a la legitimación activa de la tutela viene en definir quien podrá ser titular de la acción (titular del derecho será siempre el trabajador afectado, salvo en el caso de la libertad sindical). La ley señala que podrá interponer denuncia el sindicato al cual se encuentre afiliado el trabajador, por lo que son las restantes quienes deben invocar un interés legítimo, vinculado a sus funciones.

La finalidad de la participación de la organización sindical es entregarles un rol activo en la promoción de los derechos fundamentales, en “romper la inercia constatada en muchas situaciones de vulneración de derechos fundamentales (sobre todo en el caso de discriminación de la mujer trabajadora), la que se manifiesta en el reducido número de denuncias o de reclamos frente a estas infracciones,

particularmente frente a controversias que por estos hechos se susciten durante la vigencia de la relación laboral, atendido el temor de los trabajadores a sufrir represalias por parte del empleador y, por sobre todo, el riesgo de ser despedidos”<sup>41</sup>

A su vez, si es que la Inspección del Trabajo actuando dentro de sus atribuciones toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar estos hechos al tribunal competente, lo que servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un Procedimiento de Tutela. Además podrá hacerse parte en el juicio, sin perjuicio de que previo a la denuncia, la Inspección del Trabajo deberá realizar una mediación entre las partes, para como indica la ley “agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas”.

Esta instancia ha sido catalogada por parte de la doctrina como equívoca, ya que la naturaleza y rango de los derechos invocados no admite acuerdos ni mediaciones de rango administrativo. Ha sido señalada como “una de las normas más impudoras y equívocas del nuevo procedimiento: no existe ninguna razón de peso, salvo la negociación política de urgencia que le dio origen en el último trámite legislativo, para que el resguardo de los derechos constitucionales del trabajador quede sometido a una mediación administrativa, que en todo caso ni siquiera le está permitida a los Tribunales de Justicia – que deben fallar, entre otras cosas, declarando la nulidad de los actos lesivos-, y que escapa de su competencia legal pues no comprende la facultad para resolver el conflicto o litigio de derechos fundamentales a que da lugar una eventual denuncia en este procedimiento”<sup>42</sup>

#### **(iv) Se substancia por el procedimiento de aplicación general.**

En el proyecto original, la Tutela Laboral era un procedimiento nuevo y especial que tenía como objetivo específico la protección de los derechos fundamentales del trabajador. Sin embargo, la ley en definitiva no lo consagra de modo que una vez que es admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento

---

<sup>41</sup> CAAMAÑO, E., “La Tutela Jurisdiccional del Derecho Fundamental a no ser discriminado por razones de sexo”; Santiago; Anuario de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo; 2005; p. 227

<sup>42</sup> UGARTE C., J; “Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”; Op. Cit, pp. .29

de aplicación general, que se estructura en dos audiencias, una preparatoria y otra de juicio, luego de las cuales se dicta sentencia.

Es decir que en estricto rigor no existe un Procedimiento de Tutela propiamente tal, sino el procedimiento ordinario con reglas especiales para el caso de vulneración de derechos fundamentales, como las relativas a los titulares y objeto de la acción, a la carga de la prueba o la estructura de la sentencia definitiva.

Cabe señalar que el juicio a que de origen la vulneración de derechos fundamentales del trabajador quedará limitado a este sólo asunto, no procediendo en consecuencia su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos. Además gozará de preferencia, respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal y para la resolución de los recursos que se interpongan.

#### **(v) La carga de la prueba corresponde al denunciado.**

Si de los antecedentes aportados por el denunciante, resultan indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

Basta con que el denunciante presente antecedentes, que signifiquen indicios suficientes de sus alegaciones, para que la carga de la prueba recaiga en el denunciado, quien deberá probar que las medidas que adoptó tienen fundamento y proporcionalidad.

Esta alteración de las reglas generales de la prueba, incorporado por el artículo 493 de la Ley 20.087, significa que para el denunciante es suficiente formar un indicio en el juez, no es necesario que logre la convicción de este. Quién debe lograrla es el denunciado pero respecto a la procedencia de las medidas adoptadas.

Esto lo reafirma el ex Presidente don Ricardo Lagos, en el Mensaje Presidencial de la ley en estudio: "También se introduce una norma novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, absolutamente imprescindible a la hora de brindar protección en este tipo de figuras, en relación con el onus probandi, que consiste en facilitar o alivianar la prueba al denunciante, cuando de sus alegaciones se desprendan indicios

en orden a que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales. En este caso, surge la obligación para el denunciado de justificar suficientemente, en forma objetiva y razonable, las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Se produce entonces una matización de la regla general sobre la carga de la prueba, ya que al trabajador le basta con que de sus alegaciones se desprendan “indicios”, es decir, señales o evidencias que den cuenta de un hecho oculto (violación de un derecho fundamental). Es de destacar que en este evento no se exige al empleador la prueba de un hecho negativo (que no violó el derecho fundamental), sino que pruebe que el acto o conducta empresarial obedeció a una motivación legítima<sup>43</sup>.

Sin embargo, no fue un tema pacífico ya que hubo parlamentarios rehaceos a que la carga de la prueba fuera del denunciado. En este sentido el diputado señor Uriarte indica que “hay otra novedad. El artículo 510 invierte el peso de la prueba. Se razona con una lógica bastante mítica, porque se cree que todos los empresarios forman parte del mito urbano, esos que fuman puro, que toman whisky y que se pasean en automóviles muy lujosos, y la verdad estricta es que al pequeño emprendedor que da trabajo se le exige demostrar que no violó los derechos fundamentales; o sea, se invierte el peso de la prueba, lo que atenta contra las nociones más básicas del derecho occidental. En síntesis, es cierto que se trata de un proyecto con muy buenas intenciones; es cierto que trae buenas noticias y novedades importantes en materias procesal y formal, y que constituye un avance. Pero también es cierto que, a la luz de los porfiados hechos y de las cifras que entrega el mismo Gobierno, queda claro, primero, que se corre el riesgo de dar la espalda a quienes hoy están dando trabajo en Chile. Segundo, se olvida la necesaria estabilidad laboral a la que aspiran quienes hoy tienen trabajo. Finalmente, también se olvidan las oportunidades para más de 500 mil chilenos que todavía no pueden encontrar trabajo<sup>44</sup>”.

Para la doctrina nacional y el derecho comparado surge como una necesidad la reducción del esfuerzo probatorio en los Procedimientos de Tutela principalmente por

---

<sup>43</sup> HISTORIA DE LA LEY N°20.087;Op. Cit; p. 25

<sup>44</sup> Op Cit; p.248

el carácter manifiestamente hundido de las conductas ilícitas o lesivas de garantías ya que “nunca se presentarán como tales, salvo supuestos extremos, sino enmascaradas y ocultas”<sup>45</sup>. Además en esta misión se le presenta un escenario hostil al trabajador, ya que es el empleador el dueño y sujeto más cercano a las fuentes probatorias, siendo difícil su acceso.

Distintas legislaciones comparadas consagran una alteración en la prueba para los casos de tutela, por lo que cabe mencionar la Directiva N° 97/80 de 1997 de la Unión Europea que marcó un relevante hito en la materia, ya que en su artículo 4 señala que: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

Cabe precisar que la regla contenida en el artículo 493 del Código del Trabajo “no se trataría de un riguroso caso de inversión de la carga formal de la prueba (onus probandi). En efecto, no es suficiente que se alegue una lesión de derechos fundamentales para que se traslade al empleador la carga probatoria, y por ello, en rigor, a pesar de la confusión de algunos, no se altera el axioma de que corresponde probar un hecho al que lo alega fundado en lo dispuesto en el artículo 1698 CC.: “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. Se trata, en rigor, de una técnica más débil. La víctima o denunciante no está completamente liberado de prueba: debe acreditar la existencia de indicios suficientes de la existencia de la conducta lesiva, para que en ese caso, y sólo en ese caso, podrá aprovecharse el trabajador de la regla prevista en el artículo 493 C.Trab., en virtud de la cual corresponde al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos

---

<sup>45</sup> GARCÍA PERROTE, I; “Prueba y Proceso Laboral”, Derecho Privado y Constitución N° 4, Madrid; España; 1994, p. 163

objetivos y razonables”<sup>46</sup>. En este sentido estaríamos más bien frente a una regla de distribución o sacrificio probatorio que “va dirigida únicamente al órgano judicial, para ser aplicada por él cuando a la hora de confeccionar la sentencia y a pesar de haberse practicado uno o varios medios de prueba sobre uno o varios hechos, tenga dudas de la certeza de los mismos. Es decir, la carga de la prueba sólo opera en la fase de la redacción de la resolución judicial”<sup>47</sup>. De este modo, si en un Procedimiento de Tutela, el hecho de la conducta lesiva queda bajo razonable sospecha, resultado de los indicios aportados por el trabajador y la falta de actividad probatoria en su contra desarrollada por el empleador, el juez deberá fallar en favor del afectado atendiendo la regla del artículo 493 y la presunción de conocimiento del derecho del artículo 8 del Código Civil.

**(vi) El juez debe velar por la protección del afectado y reestablecer el estado de derecho.**

El legislador laboral, a través de la Ley 20.087, consagra la obligación para el juez de velar por la protección del denunciante y poner fin al estado de vulneración a sus derechos fundamentales. Esto se materializa mediante “el acto procesal clave del procedimiento de tutela: la sentencia definitiva. En este sentido, a diferencia de las sentencias de procesos laborales de corte patrimonial que son, en general, de tipo simple, ya que sólo deben pronunciarse sobre la existencia o no de las obligaciones de dar demandadas, las sentencias dictadas sobre posibles inculcaciones de derechos fundamentales son de tipo complejo, ya que en la parte resolutive del acto procesal de sentencia deben contenerse diversos pronunciamientos de manera simultánea, porque la acción ejercida, precisamente, persigue obtener varias pretensiones relacionadas entre sí”<sup>48</sup>.

De modo que si el juez dicta sentencia absolutoria debe hacerlo según las normas del procedimiento ordinario contempladas en el artículo 459 del Código del

---

<sup>46</sup> UGARTE C. JL; “Tutela Laboral de Derechos Fundamentales y Carga de la Prueba”, Valparaíso, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, p.5

<sup>47</sup> Gil, J; “La Carga de la Prueba en el Proceso Laboral tras la LECiv 1/2000”, Revista Española de derecho del Trabajo N°126,2005, p.91.

<sup>48</sup> UGARTE C., J; “Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”; Op. Cit, p. 87 .

Trabajo, mientras que de dictar sentencia acogiendo la denuncia debe hacerlo adoptando las siguientes medidas (por mandato expreso del artículo 495 del mismo cuerpo legal):

**(a) El cese de la conducta lesiva**

Ante una vulneración a un derecho constitucional del trabajador, el juez debe decretar una prestación por equivalencia que signifique la restitución íntegra en el ejercicio de este. Aquello supone entonces que de oficio o a petición de parte, en la primera resolución que dicte o en cualquier tiempo, y siempre que aparezca en los antecedentes del proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o que puedan causar efectos irreversibles, dispondrá la suspensión de los efectos del acto impugnado bajo apercibimiento de multa.

Si la aplicación de una multa no es eficiente, nuestros tribunales han entendido que se puede ordenar incluso el arresto del empleador ya que “el artículo 432 del Código del Trabajo ha consagrado en su inciso primero la supletoriedad de las normas contenidas en los libros I y II del Código de Procedimiento Civil, entre las cuales se ubica el artículo 238, vinculado al cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los preceptos anteriores, permitiendo al juez de la causa la adopción de medidas conducentes para su cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto de hasta dos meses, los que serán determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio.(...) El mismo artículo 432, en su inciso 2º, dispone que tratándose de los procedimientos especiales señalados en los párrafos 6º, relativo al procedimiento de tutela laboral, y 7º, sobre el procedimiento monitorio, corresponderá aplicar aquellas normas del procedimiento de aplicación general contempladas a partir del artículo 446 del código, resultando así plenamente aplicables las normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, con los alcances que ya se hizo referencia en el motivo anterior, pero en este procedimiento tutelar, siempre y cuando no sean sus medidas de apremio contrarias a los principios que informan dicho procedimiento laboral, permitiendo al tribunal disponer la forma en que se practicarán las actuaciones respectivas. Lo anterior, supone el reconocimiento del legislador a la fisonomía propia y autónoma de este sistema, ya que no se está en presencia de simples normas adjetivas civiles adaptadas a materias laborales, sino que a unas que regulan el trabajo dependiente,

manifestación clara del principio inquisitivo o de impulso procesal de oficio que nutre al nuevo sistema, por lo que se enmarca perfectamente en el, la posibilidad de hacer uso por el juez substanciador de los mecanismos que contempla el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, en aquellos casos que así lo justifiquen<sup>49</sup>.

#### **(b) La nulidad de la conducta lesiva**

En el Procedimiento de Tutela no basta con cesar la conducta ilícita impidiendo que continúe causando daño hacia futuro, sino que el juez deberá además asegurar que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada, por lo que deberá en consecuencia decretar la nulidad del acto antijurídico.

#### **(c) La reparación de las consecuencias de la conducta lesiva**

La conducta lesiva puede haber ocasionado ciertos perjuicios en el trabajador que no se solucionan con su cese inmediato ni con la nulidad del acto sino que requieren para su satisfacción de la adopción, por parte del juez, de ciertas medidas reparatorias.

La reparación del daño debe ser íntegro, lo que incluye medidas de carácter material o económico e inmaterial. Estas últimas serán mediante alguna medida no económica, que repare el daño y permita al trabajador recuperar el goce del derecho vulnerado. El juez tiene amplias atribuciones para determinar las medidas pertinentes, como por ejemplo en caso de que se vulnere la honra del trabajador por ciertas publicaciones del empleador, podrá ordenar a este último rectificarse pública o privadamente.

Si el perjuicio para el trabajador tiene carácter patrimonial, entonces la reparación será económica o material.

#### **(d) La aplicación de las multas que procedan**

El juez, junto al cese, nulidad y reparación de la conducta lesiva deberá aplicar al infractor las multas que procedan.

---

<sup>49</sup> Corte Suprema; Recurso de Amparo: Rol 3779, Santiago; 2010..



Las multas eran, en el antiguo sistema laboral, la principal sanción jurídica a las conductas lesivas de derechos fundamentales, por lo que es un significativo avance en la materia que hoy sólo tengan un carácter accesorio frente a medidas que efectivamente vienen en reparar el daño ocasionado al trabajador.

### **III.3 EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL Y EL DESPIDO POR NECESIDADES DE LA EMPRESA.**

La Ley 20.087 viene en incorporar a nuestra legislación una nueva categoría de despido ilícito, que puede ser ubicado entre el injustificado y el nulo, y que puede ser denominado como lesivo (de derechos fundamentales). Este concurre cuando son vulneradas las garantías del trabajador “con ocasión” del despido y puede ser definido como aquel que se funda o motiva en una conducta del empleador que vulnera o restringe desproporcionadamente un derecho fundamental del trabajador de aquellos protegidos por la acción de tutela.

Cabría la posibilidad de que el despido haya sido de acuerdo a la ley laboral, que efectivamente haya existido una causa legal para su aplicación, pero que al mismo momento haya afectado las garantías fundamentales del trabajador. Sería posible entonces que el empleador invocara legítimamente la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio para despedir a un trabajador que tiene VIH (derecho a la no discriminación) o que profesa la religión musulmana (derecho a la libertad religiosa).

Esta especie de despido lesivo es denominado por la doctrina como pluricausal ya que consiste en “aquella hipótesis en que el empleador frente al panorama indiciario de lesión de derechos fundamentales aportado por el trabajador, logra acreditar la existencia de una causal legal de término del contrato de trabajo. No se trata, en rigor, que el empleador alegue una causal de término ficticia o que no está en condiciones de probar, en cuyo caso se trataría de un despido de causalidad única y lesiva de derechos fundamentales, sino una cuestión distinta: el empleador está en condiciones de justificar su conducta lesiva en una causal de término plenamente acreditada. En estos casos, concurren en el mismo despido dos causas que se mueven en planos distintos: una causa legal que justifica el despido del trabajador desde el punto de vista de las normas previstas para la terminación en el Código del Trabajo, y una causa anticonstitucional, consistente en la afección y lesión de un derecho fundamental del trabajador desde el punto de vista de las normas de tutela laboral”<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> UGARTE C. José Luis; “Tutela Laboral de Derechos Fundamentales y Carga de la Prueba”, Op Cit; p. 12- 13.

El Procedimiento de Tutela Laboral es también aplicable para el despido lesivo de derechos fundamentales. Sin embargo, para estos casos el legislador contempló ciertas normas especiales:

**(i) Legitimación activa.**

El despido lesivo de derechos fundamentales es el caso excepcional en que la acción de tutela posee un único titular, de modo que la legitimación activa corresponderá exclusivamente al trabajador afectado. No siendo facultados, en consecuencia, para iniciar el proceso ni hacerse parte a la organización sindical que este afiliado el despido ni a la Inspección del Trabajo.

**(ii) Plazo para interponer la denuncia.**

Dentro del plazo de sesenta días, contados desde la separación del trabajador de sus funciones, deberá interponerse la denuncia de tutela de derechos fundamentales. Este será suspendido cuando, dentro de este plazo, el trabajador interponga un reclamo ante la Inspección del Trabajo respectiva. Y una vez concluido dicho trámite seguirá corriendo.

**(iii) Demanda de despido injustificado, indebido o improcedente.**

Respecto a la demanda de despido injustificado, indebido o improcedente, el plazo para interponerla era el estipulado en el artículo 168 del Código del Trabajo que sólo comenzaba a correr luego de quedar ejecutoriada la sentencia que desestime la denuncia por vulneración de derechos fundamentales.

Sin embargo la Ley 20.2060 que “Modifica el Libro V del Código del Trabajo y la Ley 20.087, que establece un nuevo procedimiento laboral” modifica el inciso final del artículo 489, que ahora señala: “Si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese la de tutela laboral de que trata este Párrafo, dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio, salvo si se tratare de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, la que deberá interponerse subsidiariamente. El no ejercicio de alguna de estas acciones en la forma señalada importará su renuncia”.

De modo que la demanda por despido injustificado debe interponerse de manera subsidiaria a la acción principal que es la de tutela.

### **1° Las normas sustantivas laborales de la Ley 20.087.**

La Ley 20.087 incorpora al derecho laboral una serie de normas procesales, que tienen el fin de entregar un procedimiento rápido, eficaz, gratuito y que en definitiva importe un verdadero ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores.

Sin embargo, esta normativa también incorpora reformas sustantivas al Código del Trabajo, incorporando nuevos derechos y obligaciones para los sujetos de la relación laboral.

Algunas de estas dicen estrecha relación con el despido por necesidades de la empresa y la tutela de derechos fundamentales.

#### **(i) Incorporación de una indemnización adicional.**

Si el trabajador es despedido con vulneración a sus garantías fundamentales, lo que significa que se acoge la denuncia, el juez decretará las medidas necesarias para reparar el daño ocasionado al trabajador. Para la satisfacción de los perjuicios patrimoniales el tribunal ordenará el pago de una serie de indemnizaciones, que en la especie, son semejantes a las de un despido por necesidades de la empresa improcedente, injustificado o injusto. Es decir, que el empleador deberá pagar al trabajador: la indemnización sustitutiva del aviso previo, por años de servicio y el aumento que corresponda de acuerdo al artículo 168 del Código del Trabajo.

Adicionalmente la Ley 20.087, señala que el juez fijará una indemnización, que no será inferior a seis ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Estas indemnizaciones buscan, además de compensar el perjuicio económico producto del despido injustificado, la reparación del daño extra patrimonial sufrido por el trabajador, derivado de la vulneración de derechos fundamentales.

Así, la indemnización adicional incorporada por la mencionada ley, ha sido considerada por parte de la doctrina y la jurisprudencia como destinada a reparar el daño moral que pudiese haber sufrido el trabajador. En este sentido el Juzgado de Letras de Temuco, el veintiuno de junio del año dos mil diez, señala que “la frase con ocasión del despido, comprende tanto situaciones de fondo como de forma; situaciones de fondo sería un despido de una persona por su orientación sexual o por sus creencias religiosas. De forma, cuando al despedir, aunque sea por motivo lícito, se violentan derechos fundamentales del trabajador, por ejemplo ridiculizándolo, humillándolo, causando ignominia a su dignidad como persona. Que un despido normal, aunque sea injustificado, no violenta en principio los derechos fundamentales del trabajador, porque de hecho está consagrado como una figura lícita en el Código del Trabajo (...) Que decretado el despido atentatorio de derechos fundamentales, el legislador lo considera como un despido injustificado y además ordena una indemnización adicional de entre seis y once meses de la última remuneración mensual, la que se ha estimado como una indemnización que incluye el daño material y moral causado al afectado, y cuyo tramo señalado deja un margen de apreciación importante al juez para pronunciarse sobre el daño producido, especialmente el moral, por lo que este sentenciador la fijará prudencialmente en seis meses de remuneración”.

Es pertinente agregar que la jurisprudencia nacional ha entendido a la indemnización como una compensación, tal y como señala el Juzgado Laboral de la comuna de Puente Alto, en sentencia de diez de marzo del año en curso, ya que “la indemnización por daño moral no está establecida en nuestra legislación como una pena o sanción para el empleador negligente, sino que como una compensación al trabajador que ha sufrido un daño”.

Cabe señalar que para otra corriente doctrinaria y jurisprudencial esta indemnización adicional tiene un carácter meramente sancionatorio, busca castigar la conducta antijurídica del empleador, siendo el artículo 495 en su número 3 el que le entrega la facultad al juez de fijar una indemnización reparatoria del daño moral al señalar que el juez deberá decretar en la sentencia las “indemnizaciones que procedan” para reparar las consecuencias de la conducta ilícita.

Independiente de la naturaleza que se considere, nada parece impedir que el juez pueda decretar una indemnización extra, amparado por el artículo 495, si considera que las consagradas por el artículo 489 no son suficientes para resarcir los daños materiales e inmateriales sufridos por el trabajador.

Por tanto, en la materia, la ley entrega un marco en el cual el juez debe moverse para fijar la indemnización, pero no le entrega criterios para determinar precisamente el monto. A juicio del profesor de derecho laboral, don José Luis Ugarte “el juez debería tener en cuenta dos cuestiones relativas a la gravedad de la afectación del o los derechos fundamentales en juego en el caso en cuestión: por una parte la gravedad individual que la afectación tuvo para el trabajador en cuanto se restringió grosero e intensamente un derecho fundamental de ese trabajador.

Pero, por otra parte, también debería tener en cuenta la gravedad que la afectación, por tratarse de derechos con especial proyección social, ha tenido desde el punto de vista del colectivo. Y ahí nos parece que un razonable criterio del derecho comparado es el denominado “efecto desaliento”, esto es, y para lo que aquí nos interesa, atender al grado en que el despido de que se trata ha amenazado el ejercicio de los derechos fundamentales del resto o de otros trabajadores, por provocar en ellos un razonable desaliento de ejercer sus garantías constitucionales”<sup>51</sup>.

Debe reconocerse en este aspecto un avance significativo en la materia toda vez que, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.087, los tribunales entendían que no habría cabida al resarcimiento del daño moral ya que la legislación laboral habría contemplado expresamente las indemnizaciones específicas a favor del demandante. En este sentido la Corte Suprema señalaba “que esta Corte ha decidido reiteradamente que, tratándose de la indemnización por el daño moral sufrido como consecuencia del hecho mismo del despido declarado injustificado o indebido de un trabajador, es improcedente en atención, especialmente, a que la legislación laboral ha contemplado expresamente, en tales casos, resarcimientos específicos que obedecen a los otorgados en estos autos en favor de la demandante”<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> UGARTE C., Jose Luis; “Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”; Op Cit, p. 92

<sup>52</sup> Corte Suprema, Recurso de Casación “Rivas Anabalón Gladys con Shopping Group S.A.”; Rol 4.681, Santiago; 2003.

**(ii) Causa de reincorporación del trabajador a sus funciones.**

Decretando la existencia de un despido lesivo, acogiendo por ende la acción de tutela, el juez laboral deberá decretar las medidas correspondientes, que para todo Procedimiento de Tutela son el cese y nulidad de la conducta lesiva, las medidas reparatorias pertinentes y la aplicación de multa.

Sin embargo, en el caso del despido lesivo, la nulidad del acto será excepcional, ya que sólo en un caso tipificado podrá el juez ordenar la nulidad del despido y el reintegro del trabajador a sus funciones. En el resto de los casos el legislador ha considerado pertinente reemplazar la nulidad del acto por una serie de indemnizaciones que ya han sido previamente detalladas.

El proyecto original de la Ley 20.087 pretendía incorporar el reintegro del trabajador a sus funciones de manera amplia, de modo que si la vulneración de derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido, esté no produzca efecto alguno, decretando entonces el juez la nulidad del acto lesivo y por ende la reincorporación del trabajador a sus labores.

Cabe señalar que el mencionado proyecto otorgaba al trabajador la posibilidad de desechar la nulidad y por ende el reintegro a sus funciones y reemplazarlo por una indemnización con un recargo adicional, norma de toda lógica, toda vez que en ocasiones el reintegro del trabajador puede acarrearle nuevos e incluso mayores perjuicios al encontrarse frente a un entorno hostil.

Sin embargo, el proyecto final limitó la posibilidad de reincorporación del trabajador a sólo una causal de vulneración de derechos fundamentales, siendo entonces la excepción en materia de tutela laboral por cuanto se regirá por una norma particular que excluye la nulidad del acto lesivo como regla general. Así, en el caso que el juez declare que el despido es discriminatorio, según los términos del artículo 2 inciso 4 del Código del Trabajo, y ello sea calificado como grave en la sentencia, el trabajador podrá optar por las indemnizaciones mencionadas en el punto anterior o su reincorporación a sus funciones.

Ello lo explica el parlamentario señor Bombal a señalar que “un punto sensible decía relación a la posibilidad de que la sentencia, en caso de despido discriminatorio, establezca que el trabajador pueda optar entre su reincorporación o una indemnización recargada. La Comisión, de manera unánime, adoptó una solución que apunta a que esta opción del trabajador se aplique restrictivamente al caso en que el juez determine que dicho despido ha sido discriminatorio por haberse infringido el inciso cuarto del artículo 2º del Código del Trabajo, disposición que contempla los actos de discriminación, y, además, a que ello sea calificado como grave por el tribunal, mediante resolución fundada. Cabe hacer presente que esto se aplica sólo a propósito de actos de discriminación ejercidos por un empleador y no a otras infracciones”<sup>53</sup>.

Así, la Ley 20.087 incorpora normas sustantivas al orden jurídico laboral y en lo que respecta al despido por necesidades de la empresa le otorga a los trabajadores nuevos derechos. En específico la posibilidad de obtener una indemnización mayor, que además de compensar los daños patrimoniales permita resarcir los perjuicios morales sufridos por el abuso de las facultades del empleador y si el daño es producto de una conducta discriminatoria, de carácter grave, se le otorga además al trabajador el derecho de optar a la reincorporación a sus funciones, dejando sin efecto alguno el despido.

---

<sup>53</sup> HISTORIA DE LA LEY N°20.087;Op. Cit; p. 747.



## CONCLUSIONES

No es necesario hacer un estudio acabo de la legislación laboral para notar como el bien jurídico de la estabilidad laboral está en permanente tensión con la flexibilidad laboral. A lo largo de nuestra regulación laboral se percibe como constantemente el derecho del trabajador a permanecer en su trabajo, mientras esté en condiciones para ello, se enfrenta a ciertas válvulas de escape que le entregan prerrogativas al empleador para poder prescindir de sus trabajadores a voluntad. Esto sin duda es resultado del sistema de estabilidad relativa sui generis reinante en nuestro país.

La causal de despido de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio parece ser hoy en día la mayor válvula de escape hacia la flexibilidad laboral. Empleadores la utilizan para despedir trabajadores sin respetar el espíritu del legislador, incluso muchos lo hacen arbitrariamente, y en el caso de que el trabajador decida reclamar ante los tribunales que la utilización de la causal fue improcedente o injusta, el despido se podrá hacer efectivo cancelando la indemnización fijada por el juez. En definitiva un empleador con capacidad económica podrá utilizar esta válvula de escape cuando lo estime conveniente.

La redacción del artículo 161 del Código del Trabajo contribuye a que esta causal sea ampliamente utilizada ya que contiene una numeración ejemplar de circunstancias que dan origen a necesidad en la empresa, utilizando el vocablo tales como dando a entender que no es una descripción taxativa y donde cabe un catálogo extenso de hipótesis.

Así las cosas, la causal de despido de necesidades de la empresa se usa en muchas ocasiones de 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. Cabe entonces citar el penúltimo inciso del artículo 168 del Código Civil que señala que “si el juez estableciere que la aplicación de

una o más de las causales de terminación del contrato establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, de conformidad a lo dispuesto en este artículo, se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161, en la fecha en que se invocó la causal, y habrá derecho a los incrementos legales que corresponda en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores”.

La inspección del Trabajo, en vez de acotar y clarificar los conceptos, también entrega señales en el sentido mencionado. Respecto al terremoto ocurrido este año en nuestro país emite un dictamen, ya estudiado en esta memoria por cierto, que concluye con el organismo indicando que “para el caso en que no pudiere cumplirse plenamente con las obligaciones por parte del empleador, pero si reemplazarse ellas por la indemnización que deriva de la aplicación de la causal necesidades de la empresa, se ajusta a derecho la invocación de esta última y no el caso fortuito o fuerza mayor”.

La jurisprudencia ha sido quien ha hecho esfuerzos por limitar la aplicación de la causal. Hoy se entiende que para una correcta utilización, la necesidad de la empresa debe ser resultado de circunstancias económicas o tecnológicas ajena a la voluntad de las partes, de carácter grave y permanente.

En definitiva la tensión entre estabilidad y flexibilidad laboral ha resultado en una utilización de la causal de despido de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio que no coincide con el espíritu del legislador. Desde sus orígenes pretende responder a una situación especial, donde el empleador tiene la necesidad de prescindir de sus empleadores debido a factores ajenos que le impiden seguir cumpliendo con sus obligaciones. Se señaló en su momento, que el origen de la causal es una recomendación de la OIT que señala su excepcionalidad y naturaleza, incluso manifiesta que los trabajadores deberían contar con prioridad para ser readmitidos en sus funciones una vez terminado el estado de necesidad.

Mientras nuestra legislación no logre conciliar el interés de los trabajadores de tener estabilidad y garantías en el trabajo y el de los empleadores de poder prescindir de aquellos trabajadores no aptos para sus labores o ineficientes, el despido por necesidades de la empresa seguirá teniendo una aplicación masiva y en muchos casos

contraria al espíritu del derecho laboral, abusando el empleador de sus facultades y posición, ocasionando en muchos casos daños a los trabajadores, incluso afectando sus garantías fundamentales.

A pesar que el asunto de la correcta utilización de la causal de necesidades de la empresa seguirá en los pendientes, hoy se abre un nuevo frente para corregir los abusos que da origen. Como señala don José Luis Ugarte “hoy, en el último giro de tuerca en la historia de esta disciplina, el Derecho del Trabajo ha asumido una nueva tarea: el reconocimiento y la protección de aquellos derechos que acertadamente fueran llamados por la doctrina comparada como derechos laborales inespecíficos(...)

Todas las anteriores no son, por supuesto, dimensiones excluyentes de la protección del trabajador. El Derecho del Trabajo ha cumplido y cumple así diversas funciones, de modo simultáneo, preocupado de la protección de los derechos de los trabajadores en diversos planos (...) Lo bueno, parafraseando a BERLIN, es que de esta manera el Derecho del Trabajo ha dejado de comportarse como erizo y ha empezado a actuar como zorro. Ha comenzado a comprender que su tarea no es encerrarse –como el erizo- en una dimensión del trabajo, sino que construir -como el zorro- en varios frentes al mismo tiempo, y que su tarea regulativa implica enfrentar desafíos en distintas perspectivas y dimensiones: desde los clásicos problemas de las condiciones salariales y de trabajo, hasta el ingreso de los derechos fundamentales inespecíficos a la fábrica.”<sup>54</sup>.

Ello a propósito de la Ley 20.087 y el ya estudiado Procedimiento de Tutela Laboral, que se encuentra llamado a ser la herramienta mediante la cual el Derecho Laboral se hará cargo del ingreso de los derechos fundamentales de los trabajadores a las fábricas, el medio a través del cual los trabajadores serán ciudadanos insertos en una sociedad democrática y la forma por la que se corregirán los abusos de los empleadores cometidos con ocasión de los despidos. Como se señalara con anterioridad, este procedimiento viene en subsanar una serie de dificultades que presenta la acción de protección, recurso por el cual se intentaba tutelar los derechos fundamentales en la empresa. La Tutela Laboral protege un catálogo significativamente

---

<sup>54</sup> UGARTE C., J; "Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador"; Op. Cit, pp. 3 - 4 .

mayor de derechos fundamentales, considera la posición débil del trabajador respecto al empleador, establece como solución la nulidad para una conducta empresarial lesiva y en su defecto el pago de una indemnización correspondiente y provee un mecanismo de protección frente a represalias empresariales mediante la denominada garantía de indemnidad.

El nuevo procedimiento podrá entonces corregir vicios actuales de los despidos por necesidades de la empresa, que hasta la entrada en vigencia de la ley permitían a los empleadores realizarlo incluso con infracción a los derechos fundamentales de los trabajadores, ya que no había procedimiento eficiente para hacerlo valer. Debido al sitial que ocupa la causal de despido en estudio, la casuística será grande, sin embargo cabe reiterar que el legislador estableció un catálogo limitado de garantías. A pesar del corto período de implementación de la Ley 20.087, ya existe jurisprudencia donde se sancionan despidos discriminatorios, despidos como resultado de prácticas antisindicales o despidos por represalias ante el ejercicio de la denominada garantía de indemnidad. Aunque cierto es que estos juicios tienen su origen con ocasión de un despido por necesidades de la empresa, en un bajo porcentaje de ellos el juez se pronuncia respecto la procedencia de la causal, toda vez que la acción para ello se presenta de forma subsidiaria al despido ilícito.

Sin embargo, y reconociendo el avance que significa el Procedimiento de Tutela en la materia, es un intento aún incipiente y que presenta inconsecuencias e inexactitudes, sobre todo en lo que tiene que ver con su naturaleza jurídica y efectos.

Estamos entonces frente a una nueva categoría de despido ilícito en la legislación nacional: el lesivo de derechos fundamentales que ha sido definido como “aquel despido que se funda o se motiva en una conducta del empleador que vulnera o restringe desproporcionadamente un derecho fundamental del trabajador de aquellos protegidos por la acción de tutela”<sup>55</sup>.

Para el proyecto original, como ya fue mencionado, el despido lesivo no producía efecto alguno, quedaba nulo y se debía retrotraer la situación al estado previo a la infracción, pudiendo el trabajador optar por la reincorporación a sus funciones o las

---

<sup>55</sup> Op. Cit; 91p.

indemnizaciones previstas por la ley. Sin embargo, como resultado de negociaciones parlamentarias ya indicadas y sin ninguna explicación razonable, la ley contempla sólo al despido lesivo por discriminación grave como nulo (teniendo presente al despido antisindical que también es considerado nulo y es consagrado con anterioridad por la Ley 19.759). Los restantes despidos lesivos considerados en el Procedimiento de Tutela sólo generan indemnizaciones recargadas, generando el mismo efecto del despido por necesidades de la empresa, salvo la indemnización adicional. Curioso resulta entonces que el despido lesivo, violatorio de derechos fundamentales, genere similares efectos a la causal en estudio. La razón parece ser, siguiendo a parte de la doctrina que “para ciertos sectores la reincorporación del trabajador atenta contra un pilar del modelo económico chileno: el blindamiento del derecho de propiedad del empresario que necesariamente importa, si esta dispuesto a pagar las indemnizaciones del caso, la facultad de decidir sin cuestionamientos judiciales la permanencia de un trabajador en la empresa. En ese sentido, podríamos decir que en el conflicto entre derecho de propiedad versus derechos fundamentales del trabajador, la ley ha hecho una ponderación a priori mediante una regla: en materia de despido prima el derecho de propiedad del empleador”<sup>56</sup>.

El derecho comparado ha entendido la importancia de la tutela efectiva de derechos fundamentales en el despido, y a modo ejemplar el Tribunal Constitucional de España señala que sólo puede ser considerado como “radicalmente nulo”. La sentencia 38/81 de ese tribunal “arrancó la construcción jurisprudencial de los despidos radicalmente nulos y vino a admitir la eficacia privada de los derechos fundamentales, al entender que el despido que había sufrido un candidato a unas elecciones sindicales era discriminatorio y constituía una conculcación, por parte del empresario, de derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, que debió ser impedida por los jueces ordinarios”<sup>57</sup>.

Las distintas problemáticas, que presenta la causal del artículo 161 del Código del Trabajo, importa pensar en lo necesario que es lograr la sana convivencia entre los intereses de las distintas partes de una relación laboral. El despido por necesidades de

---

<sup>56</sup> Op. Cit. P.94

<sup>57</sup> PEDRAJAS, A; “Despido y Derechos Fundamentales”; Madrid; España; Trotta; 1992; p.36

la empresa ha sido la válvula de escape de muchos empleadores que no tienen otra opción para prescindir de aquellos trabajadores con los que no desean contar. Lamentablemente ello ha sido perjudicial para el bien jurídico de la estabilidad laboral, en algunos casos, o lesivo de derechos fundamentales en otros.

La Ley 20.087 significa un avance significativo en la materia y permite que derechos de un valor esencial puedan ser ejercidos y respetados. Claro es, que falta avanzar en la materia y resolver inexactitudes e incoherencias pero cabe reconocer lo significativo de los pasos ya avanzados.

## BIBLIOGRAFIA

1. Blas M.,J., “La estabilidad en el empleo y la terminación del contrato de trabajo”, R.J.T. N°12, diciembre de 1990.
2. Caamaño, E., “La Tutela Jurisdiccional del Derecho Fundamental a no ser discriminado por razones de sexo”; Santiago; Anuario de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo; 2005.
3. Casas Bahamonde, M.E.; “La Reforma de la Legislación Procesal Laboral: los Recursos en la Ley de Procedimiento Laboral”; España; REDT N°46, 1991.
4. García Perrote, I; “Prueba y Proceso Laboral”, Derecho Privado y Constitución N° 4, Madrid; 1994,
5. Halpern, C. y Humeres, H. “Desnaturalización de la indemnización por años de servicio”, R.L.CH. N°12, diciembre del 2.000.
6. Historia de la Ley N°19.759, “Modifica el Código del trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Santiago, Chile, 2000.
7. Historia de la Ley N°20.087, “Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Santiago, Chile, enero de 2006.
8. Klare K.; “Teoría Crítica e diritto del rapporti di lavoro”; Italia, 1990.
9. Lecaros, J.M. “La causal de despido necesidades de la empresa”, Rev. J.T. N° 2-3, feb- marzo de 1991.
10. Lopez Medina, D.; “Teoría Impura del Derecho”; Santiago, N°14.
11. Nadal S., D, “El Despido en el Código del Trabajo”, Santiago, LexisNexis Chile, 2003.
12. Palomeque, C.; “Los Derechos Laborales en la Constitución Española”; Centro de Estudios Contitucionales; Madrid; 1991.
13. Pedrajas, A; “Despido y Derechos Fundamentales”; Trotta; Madrid; 1992.
14. Peña, C.; “Sistema Jurídico y Derechos Humanos”; Santiago, Universidad Diego Portales, 1996.

15. Poblete J., Carlos. "Derecho Individual del Trabajo", Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2005.
16. Rojas M., I. "La estabilidad en el empleo en la evolución jurídica laboral chilena", 1987. Memoria de Prueba para optar al Postgrado en Ciencias Sociales del Trabajo, PET., Santiago de Chile.
17. Rojas M., I. "Manual del derecho del trabajo- derecho individual", Santiago de Chile, Ed. Lexis Nexis, 2004
18. Romero G., M. "Las necesidades de la empresa en la Ley 19.010", Rev. L.CH. N°5, mayo de 1991. Rev de Derecho, Universidad de Concepción, año 58 N°187, enero/junio 1990.
19. Tapia G., F. y Caballero M., R. "El control judicial del despido", Rev L.CH. N°5, mayo de 1999.
20. Tapia G, F. "Fallos Laborales Comentados 2004: Orientaciones Jurisprudenciales"; Santiago, Lexis Nexis Chile; 2005
21. Thayer M., E. "Las indemnizaciones por años de servicio", Rev, L.CH., N°11, noviembre de 2000.
22. Ugarte C., J; "Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador"; Santiago; Legal Publishing, 2009.
23. Ugarte C. J; "Tutela Laboral de Derechos Fundamentales y Carga de la Prueba", Valparaíso, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009.
24. Valle, F.; "La Garantía de Indemnidad del Trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario"; España, Derecho Social N° 29,2005.
25. Vivanco C, M. "El Despido Laboral"; Santiago, Editorial Jurídica, 1994.