



**UNIVERSIDAD DE CHILE FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DERECHO DEL TRABAJO**

“La indemnización por años de servicio en la actual realidad laboral chilena”.

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas
Y Sociales**

**Andrea Alejandra Núñez Véjar
Felipe Ignacio Castillo Latournerie
Profesor guía: Christian Melis Valencia**

Santiago, Chile, 2015

INDICE

Contenido	Pág.
Introducción	
<i>La problemática de un Norma Desmembrada.</i>	9
Capítulo I: Marco Teórico de la Indemnización por años de Servicio.	14
1.- <i>Estabilidad Laboral y Terminación del contrato laboral.</i>	14
1.1. Derecho de estabilidad versus libertad de despido.	14
1.2. Estabilidad laboral y la Flexibilidad como conceptos en Contraposición.	17
1.3. Sistema de Terminación del Contrato de Trabajo.	18
1.3.1. Sistema de desahucio libre:	18
a) Sistema de desahucio libre con plazo preaviso.	20
b) Sistema de desahucio libre con preaviso o con Indemnización sustitutiva de aviso previo e indemnización por años de servicio	20
1.3.2. Sistema de Estabilidad	22
A) Sistema de estabilidad absoluta.	24
B) Sistema de estabilidad relativa.	24
C) Sistema de inamovilidad.	24
2. <i>Sistema de término del contrato laboral en Chile.</i>	25
2.1. El caso chileno ¿Estabilidad relativa o libre despido atenuado?	25
2.2. Tipos de Contratos Laborales en Chile.	27
a) Contrato a plazo fijo.	27
b) Contrato a plazo indefinido.	27
c) Contrato por obra o faena.	27
2.3. Causales de Término del Contrato Laboral.	27
2.3.1. Clasificación de las causales de despido en el Código del Trabajo.	29
2.4. Indemnizaciones por término de contrato de trabajo.	30
Capítulo II: ¿Qué es la indemnización por años de servicio?	32
1. <i>Conceptualización de la indemnización por los de servicio.</i>	32

1.1. Concepto de Indemnización.	32
1.2. Tipos de Indemnización en materia Laboral	34
1.2.1. Indemnización Sustitutiva de aviso previo.	34
1.2.2. Indemnización por años de servicio.	35
a) Indemnización legal.	35
b) Indemnización convencional.	35
c) Indemnización voluntaria.	36
1.2.3. Indemnización sustantiva a todo evento en el artículo 164 del Código del Trabajo.	36
1.2.4. Indemnización contemplada en el art. 168 del Código del Trabajo.	38
1.2.5. Indemnización establecida en el artículo 171 del Código del Trabajo.	39
1.2.6. Indemnización especial establecida para los trabajadores de casa particular.	41
1.2.7. Indemnización por vulneración de derechos fundamentales.	41
CAPITULO III: Antecedentes y evolución histórica de la Indemnización por años de servicio.	43
1. <i>Mirada a la legislación histórica de la Indemnización por años de Servicio en Chile.</i>	43
2. <i>Primeras normativas laborales antes del Código del Trabajo de 1931.</i>	44
3. <i>Primer Código Laboral de 1931.</i>	46
3.1. La ley n°6.020 y n°7.064, refundidas en la 7.174 de 3 de julio de 1942.	49
3.2. Ley n°10.475 del 8 de septiembre de 1952.	50
3.3. D.F.L. n°243 del 3 de agosto de 1953.	51
3.4. Ley n°16.455 sobre estabilidad en el empleo.	53
4. <i>Decreto Ley n°2.200 de 15 de junio de 1978.</i>	55
4.1. Ley n°18.018, de 14 de agosto de 1981.	59
5. <i>Ley n°19.010 de 29 de noviembre de 1990.</i>	63
6. <i>La indemnización por años de servicio al día de hoy.</i>	64

6.1. Indemnización por años de servicios por antigüedad del artículo 163.	65
6.2. Contenido de la última remuneración, artículo 172.	67
6.3. Nuevo artículo 163 bis.	71
CAPITULO IV: Naturaleza Jurídica de la Indemnización por años de Servicio.	73
1. <i>Naturaleza de la Indemnización por años de servicio, ¿derechos o mera expectativa?</i>	73
2. <i>Distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de la indemnización por años de servicio.</i>	74
2.1. Indemnización como resarcimiento de daño causado.	74
2.2. Indemnización como Crédito.	76
2.3. Indemnización como salario diferido o reducción complementaria diferida.	77
2.4. Indemnización como premio a la permanencia y fidelidad.	79
2.5. Indemnización como mayor valor de la empresa.	80
2.6. Indemnización como daño por antigüedad.	81
2.7. Indemnización como pena impuesta al patrón.	82
3. <i>¿Las indemnizaciones por años de servicio como medida de seguridad social?</i>	82
4. <i>¿Derecho o Mera expectativa?</i>	84
5. <i>Conclusiones sobre la naturaleza jurídica por años de Servicios.</i>	89
CAPITULO V: Seguro de cesantía.	92
1. <i>Consideraciones previas</i>	92
2. <i>Conceptualización del Seguro de Cesantía.</i>	92
2.1. Requisitos del Seguro de Cesantía.	92
3. <i>Fondos de Cesantía Solidario.</i>	94
3.1. Requisitos del Seguro de Cesantía Solidario.	95

4. <i>¿Cómo se pagan las prestaciones del Fondo de Cesantía Solidario?</i>	95
4.1. Sistema de información laboral y una Bolsa nacional de empleo.	96
4.2. Montos del seguro de cesantía.	96
CAPITULO VI: Debate Internacional y nacional sobre la problemática de la indemnización por años de servicio.	99
1. <i>Recomendaciones de la OIT sobre la cesantía y formas de protección del trabajo</i>	99
1.1. Consideraciones de la OIT sobre la legislación chilena.	102
2. <i>Recomendaciones de la ODCE respecto a la indemnización por años de servicios y el dinamismo del Mercado laboral.</i>	103
3. <i>Casos de Derecho Comparado.</i>	106
3.1 Flexiseguridad: el caso danés	106
4. <i>Políticas públicas chilenas sobre la indemnización por años de servicio.</i>	109
4.1. Trabajo y equidad: Comisión Meller.	109
4.2. Gobierno de Sebastián Piñera.	111
4.3. Poder Legislativo: los proyectos de ley que existen sobre la materia.	112
4.3.1. Modifica concepto de "última remuneración mensual", como base de cálculo de la indemnización por años de servicios.	113
4.3.2. Modifica el Código del Trabajo para efectos de eliminar el límite máximo de la indemnización por años de servicios.	115
4.3.3 Discusión parlamentaria sobre la Reforma Laboral.	116
4.4. El poder judicial: ¿se ha pronunciado sobre el asunto?	117
4.5. La posición de los empresarios.	118
4.6. La posición de la CUT.	119
CAPITULO VII: El Mercado Laboral Chileno.	123

1. Chile en Estadísticas: ¿quiénes son los que trabajan y cómo?	123
1.1. Estadísticas sobre el empleo trimestre marzo – abril – mayo del 2015.	125
2. Estadística sobre la indemnización por años de servicio, asuntos preliminares.	130
2.1. ¿Todos los asalariados?	131
3. Trabajadores del Sistema Público.	131
4. Calculando el número de trabajadores que pueden optar a la indemnización por años de servicio legal.	137
4.1 ¿Qué porcentaje respecto del número de trabajadores total, recibe indemnización por años de servicio?	143
4.1.1. Estadísticas de los finiquitos.	143
5. Datos según Administradora de Fondos de Cesantía.	145
5.1. Los fondos retirados por los trabajadores al finalizar su relación laboral.	145
CAPITULO VIII: Conclusiones: Progreso hacia un sistema más inclusivo.	149
1. Problemática actual de la institución.	149
1.1. La realidad de la Institución.	149
1.1.1. Costos del despido.	151
1.1.2. El papel que desempeña el Derecho del Trabajo en el despido.	154
1.2. Relaciones y situaciones que se generan al momento del despido o la renuncia.	155
1.3. ¿Finalidad de la indemnización por años de servicio?	157
2. Alternativas a la indemnización por años de servicio.	160
2.1. ¿Cuál es la salida?	160
2.2. Seguro de Cesantía.	161
2.3. Seguro ante todo evento.	163
3. Consecuencias del cambio o eliminación de la Indemnización por años de servicio.	164
3.1. ¿Renuncia de un derecho? Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales adquiridos.	164

3.2. Impacto social del cambio o eliminación de la indemnización por años de servicio.	165
Epilogo: Función de la Indemnización	167
La función de la indemnización ¿Se cumple?	167
Biografía.	169

INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA DE UNA NORMA DESMEMBRADA

El Derecho visto como una construcción social que establece un orden institucional en una sociedad determinada, responde a los preceptos de justicia que una sociedad determinada considera como necesario, y por tanto como producto social, se ve en la obligación de evolucionar conjuntamente con la sociedad, con el objetivo de modificar la conducta de los hombres, como ocurre con las leyes prohibitivas, pero a su vez juega un rol mayor como “reconocedor” de las conductas de la sociedad, a semejanza de un espejo que legitima los actos que pueden en un momento no ser reconocidas, o prohibidas, reconociéndolas o aceptándolas, y bajo qué condiciones. Por tanto, la principal característica del derecho en sí es su plasticidad más o menos dinámica en la que se fundan los principios rectores de las leyes que van siendo aprobadas.

Es por esta misma situación dinámica del Derecho, que una institución que en algún momento se consideró “justa” puede no serlo, o incluso volverse un obstáculo si determinadas circunstancias se van configurando y alejando de la hipótesis jurídica que se tuvo en consideración al momento de

crear la institución. Esta discusión, lejos de ser bizantina, abre la posibilidad de analizar instituciones jurídicas, repensarlas, modificarlas y adaptarlas a los tiempos modernos, de tal modo que sigan teniendo una razón de ser, regulando con eficacia las conductas de los hombres y mujeres con el objetivo de mantener la paz social y la convivencia. Es así como ha sucedido, a nuestro parecer con la indemnización por años de servicio, institución jurídica propia del derecho laboral y que ha sido incorporada a nuestra normativa laboral desde la segunda decena del siglo XX, donde surgen las primeras legislaciones en materia laboral.

La indemnización por años de servicio, una de aquellas instituciones cuya naturaleza jurídica no es del todo clara en nuestra dogmática chilena, punto que será tratado en esta memoria, es un beneficio laboral consistente en la suma de dinero que el empleador debe pagar al trabajador, cuando el primero pone término al contrato de trabajo y es procedente en los casos previstos por la ley.¹ Sin embargo en la actualidad este “derecho” beneficia solo a aquellos trabajadores contratados indefinidamente y que cumplen al menos un año de servicio, sumándose el requisito que estos trabajadores sean despedidos por el empleador invocando el artículo 161 de Código del Trabajo, mientras que un gran número de trabajadores, y por diversas razones, queda privado de este “derecho”. Y mientras que el trabajador contratado por obras o

¹ TUBINO TASSARA, Alessandra, “De la Indemnización por años de servicio y su Marco Histórico Legislativo” Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile, 2000. Página 7.

a plazo no tiene acceso, los primeros tampoco tienen la certeza de que la empresa cumplirá con ella, una vez que sean despedidos por razones ajenas a su voluntad. No es menos cierto que el mercado laboral actual ha mutado hacia contratos a plazos, en donde la subcontratación ha jugado un papel importante en el cambio del dinamismo laboral, e incluso, la misma permanencia en un solo puesto de trabajo por largo tiempo, la cual es la excepción y no la regla, ha hecho la indemnización por años de servicio sea sólo aprovechada por un puñado reducido de trabajadores, sin convertirse en un “derecho” extensivo a toda la masa laboral.

Es así que el tema principal de esta memoria se presenta, en donde la Indemnización por años de servicio, que estaba pensada y creada en una realidad en donde el trabajador se mantenía largamente en su puesto de trabajo y sujeto a un contrato indefinido, se ha ido transformando lentamente en una institución marginal y que desincentiva la rotación laboral, volviéndose incluso discriminatoria para los trabajadores. Esta memoria tiene por finalidad analizar de manera objetiva qué es y cómo se entendió la indemnización por años de servicio, pasando por un estudio de la génesis de esta norma y cuál ha sido el espíritu de la ley, contrarrestándolo con la realidad del mercado laboral chileno, apoyándonos en datos duros, como la encuesta de desempleo y los datos recogidos por la AFC sobre seguro de cesantía. Se recurrirá también a la opinión de expertos en el área de derecho laboral, y como no, en el sentir del trabajador promedio, porque no es posible obviar el hecho que la indemnización por años de servicio, si bien sólo pueden optar a ella un porcentaje reducido del mercado laboral, es un derecho de los trabajadores, y por tal, irrenunciable.

Sin embargo, esta discusión no es nueva, debido a que el tema de eliminar o modificar las indemnizaciones por año de servicio es una propuesta que ha estado en el Congreso por varios años. Sus detractores alegan lesión de un derecho adquirido, pérdida patrimonial y previsional del trabajador, precarización del empleo y aumento de las facilidades de despido. Sus promotores asumen que su término facilita la relación trabajador-empresa, mejora la productividad, empleabilidad y estabilidad, en la medida que, sin dicha norma, contratar indefinidamente con todos los derechos previsionales, no adiciona a la carga indemnizatoria y, además, termina con la elusión que hacen de esta exigencia quienes utilizan contratos precarios de diversa índole (mensuales y anuales, incluyendo al propio Estado). También ha sido recomendada por la ODCE² para mejorar la equidad en nuestro país, y fue una recomendación de la Comisión Meller en el gobierno de la Presidenta Bachelet.³ Pero no ha sido hasta este trabajo, en que se intentará por medio de la investigación y el análisis crítico de los antecedentes, examinar desde un punto de vista jurídico lo que es la Indemnización por años de servicio, y su real aplicación en el sistema laboral actual, proponiendo a su vez posibles soluciones o mejoras al sistema, en donde se recurrirá a un estudio de derecho comparado con países en donde su sistema de protección al terminar el

² ODCE “Going for growth” (Apuesta por el crecimiento). México, 2013.

³ En 2007, la Comisión de Trabajo y Equidad creado por el gobierno de Michelle Bachelet, presentó el tema, sin llegar a un conceso en la materia, pero en el trabajo final, se menciona a la Indemnización por años de servicio como un factor de desigualdad laboral, recomendando su modificación.

contrato laboral es diferente al existente en nuestro país.

Por tanto, en esta memoria se seguirá el siguiente esquema de trabajo:

Se expondrá sucintamente concepto, naturaleza jurídica, marco jurídico, breve evolución histórica, requisitos y forma en que la jurisprudencia ha tratado la indemnización por años de servicio.

Una vez realizado este trabajo dogmático para precisar el concepto de indemnización por años de servicio, se recurrirá a un estudio cuantificativo de estadísticas relacionadas con la masa laboral, y cuál es el porcentaje de personas inserto en cada tipo de contrato de trabajo, a fin de determinar por medio de dichas estadísticas, el verdadero porcentaje de trabajadores en Chile que acceden a la indemnización por años de servicio.

Es del interés de este trabajo tener una visión de la OIT en esta materia, para ampliar la discusión, y por lo mismo se recurrirá al estudio de esta materia en convenios y recomendaciones del órgano internacional. También se estudiara la postura de la Inspección del Trabajo, más allá del estudio legal de la indemnización por años de servicio.

Se recurrirá a sí mismo al derecho comparado con el fin de no solo exponer latamente el asunto principal de esta tesis, que es la Indemnización por años de servicio a la luz del mercado laboral actual chileno, sino que también, proponer posibles soluciones de comprobarse empíricamente la necesidad de cambiar o dicha institución jurídica

Por último, las conclusiones de este trabajo tendrán por objeto articular toda la información vertida entre las páginas de este trabajo, con el fin de

aseverar o negar la hipótesis principal de esta memoria.

CAPÍTULO I: MARCO TEORICO DE LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO.

“Los Estados reconocen el derecho a "la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional"

Protocolo de San Salvador.

1. Estabilidad laboral y terminación del contrato laboral.

1.1. Derecho de estabilidad versus libertad de despido.

El trabajo, como el medio por el cual una persona obtiene los recursos necesarios para su subsistencia, es un concepto que nos ha acompañado desde los albores de la humanidad, y con el pasar de los siglos y la evolución del ser humano y la sociedad, se ha ido complejizando hasta alcanzar el nivel que actualmente conocemos y adquiriendo a la luz del Derecho. Es de tal importancia que culminó con el nacimiento del Derecho Laboral; él que reconoce principios particulares que rigen la relación entre un empleador y un trabajador.

Es por esta importancia del Trabajo, como parte del entramado social, y amparado por el Derecho que, cuando un trabajador está vinculado a una empresa por medio de un contrato de trabajo, no sólo debe comprenderse como una mera prestación de servicios a cambio del pago de una remuneración, sino es necesario tener en vista todos los aspectos de la relación

entre trabajador y empleador, que superan con creces la mera relación económica, y que el Derecho no puede mantenerse en una posición indolente, procurando siempre la protección del más vulnerable en esta relación jurídica. Es tal la importancia del trabajo que incluso las políticas de Estado, y el mismo Derecho, protegen al trabajador que, por distintos motivos, perdió su puesto de trabajo.

El empleo y el desempleo, caras de una misma moneda, tienen directa vinculación con la dinámica de una sociedad, ya que un puesto de trabajo garantiza los ingresos del trabajador en forma directa, lo que permite satisfacer las necesidades del núcleo familiar, asegurando su bienestar; y a su vez crea los ingresos, la productividad y progreso de la empresa, fomentando al largo plazo no sólo el beneficio del trabajador y del empleador, sino también del desarrollo orgánico-económico-social de una nación, pudiendo alcanzarse la armonía y la paz social y laboral, cuando se entiende el concepto del “Trabajo”, como un fenómeno complejo.

Es por esta naturaleza, que un despido no puede ser considerado como un simple hecho con repercusiones económicas por la importancia que el trabajo tiene en el núcleo de una familia y, por consiguiente, en la sociedad misma. Por eso los legisladores y juristas han considerado, mayoritariamente, que la expectativa de un trabajador de permanecer en una empresa es un derecho de este y que debe ser protegido por el Derecho, bajo el principio de estabilidad laboral. Esta visión tan rígida, sin embargo, ha sido superada por diversas situaciones y argumentos que veremos a lo largo de esta tesis.

La Estabilidad Laboral, entendida como una especie de propiedad del empleo o inamovilidad, es el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto de trabajo, de no incurrir en faltas previamente determinadas por la ley y con la autorización previa de un tribunal competente, y ha sido una materia que el Derecho Laboral se ha encargado desde su génesis, siendo tema que tanto legisladores como juristas han tratado en pos de generar un equilibrio entre este derecho y su contraparte, la libertad del empleador para poder despedir, conocido como la libertad de despido, que en un extremo significaría que un empleador podría despedir a cualquier empleador, sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna. La mayoría de las legislaciones opta por un balance o posición intermedia, conocida como estabilidad relativa en el empleo, que se adecúe a las necesidades económicas y sociales de la sociedad a la que rige. Por tanto, ya no hablamos de “derechos a”, sino de principios regentes, y como tales, buscan guiar la creación de nuevas leyes, y claramente, la aplicación de estas.

Este equilibrio, entre ambos principios, puede leerse en la letra “d” del artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del “*Protocolo de San Salvador*” que los Estados reconocen el derecho a:

“d.) la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra

prestación prevista por la legislación nacional;”

Cabe señalar que El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; “Protocolo de San Salvador”, se encuentra suscrito por Chile en el año 2001 y tiene su aprobación legislativa pendiente.⁴

Si bien queda en evidencia la importancia de la estabilidad laboral de todo trabajador, no es menos cierto que también debe existir el suficiente dinamismo en el empleo que permita la movilidad de los trabajadores, porque aunque reconocemos que el empleo tiene consecuencias sociales, el mismo no deja de ser en esencia un factor económico, y por lo tanto a merced de la oferta y demanda. Un sistema demasiado estricto podría generar un estancamiento del empleo y de los sueldos. De este punto surge la pregunta básica en esta materia, ¿hasta qué punto se puede imponer la estabilidad laboral?

Los juristas han establecido distintos mecanismos que resuelven la terminación de un contrato laboral, y han sido implementados por el legislador a lo largo de la historia con distintos resultados. No hay que olvidar que el Derecho Laboral es dinámico y más que cualquier otra área del derecho, obedece a las necesidades de la sociedad en un momento y lugar determinado.

1.2. Estabilidad Laboral y la Flexibilidad como conceptos en Contraposición

⁴ Organización de estados Americanos, Página Oficial, [Visto en Línea] Disponible <<<http://www.oas.org/>>> también disponible en <<<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>>> [Consultado 4 de agosto del 2014].

¿Estabilidad o Flexibilidad? Esta es una pregunta que distintos expertos, no sólo en el área del derecho, han intentado escudriñar, y determinar cuál es el óptimo sistema de protección al trabajador, pero sin que sea una traba para el progreso de la empresa.

La estabilidad laboral, o permanencia en el empleo, proviene del vocablo latino *stabilis*, y puede tener, entre otros, los siguientes significados:

- Que se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer.
- Que permanece en un lugar durante mucho tiempo.

Si llevamos este concepto a la materia laboral, podemos entender que la estabilidad laboral es la confianza del trabajador de permanecer en el empleo.

Es justamente en este sentido que el profesor Mario de la Cueva señala: *“Su finalidad inmediata es el vivir hoy y en el mañana inmediato, pero al nacer miró apasionadamente a la seguridad social, porque su finalidad mediata es preparar el vivir del trabajador en la adversidad u en la vejez. De estas sus dos finalidades se desprende su esencia: La estabilidad en el trabajo es la certeza del presente y del futuro”*⁵

De esta forma es que podemos considerar que el trabajo es un verdadero bien jurídico, y como tal, protegido por el ordenamiento jurídico.

1.3. Sistema de Terminación del Contrato de Trabajo.

1.3.1 Sistema de desahucio libre:

⁵ DE LA CUEVA, Mario, El nuevo derecho mexicano del trabajo. Editorial Porrúa, México, 1978, pág. 219.

Es el sistema propio del Derecho Civil, que regula la terminación de ciertos contratos de tracto sucesivo o de administración de negocios, en donde el elemento principal es la confianza que se tiene en la persona a la que se le encomienda un cometido.

Habiendo nacido el contrato de trabajo del contrato civil de arrendamiento de servicios, se adopta, al inicio, la misma solución: el desahucio. Esto es, cualquiera de las partes puede poner término al contrato de trabajo (plazo indefinido) mediante el aviso dado, sin expresión de causa y unilateralmente.

Normalmente, al desahucio dado por el trabajador se le denomina "renuncia", que no es sino un desahucio: aviso dado a la contraparte, de poner término al contrato sin causa. La expresión "desahucio" se reserva al aviso unilateral de término de la relación laboral dado por el empleador.

En este sistema no encontramos ninguno de los rasgos de protección del Derecho del Trabajador, puesto que parte de idea de que empleador y empleado están en igualdad de condiciones, ya que se considera que es un vínculo jurídico regido por la normas del derecho Civil.

Esta idea es muy bien graficada por el profesor William Thayer y el profesor Patricio Novoa, al definir que: *“Por libre despido se entiende la facultad que tiene el acreedor de trabajo para poner inmediato término a la relación de trabajo, aún sin causa justificada”*⁶

⁶ THAYER ARTEAGA, Willam, NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile. Santiago. pág.431,

La cita anterior, si bien habla de “acreedor de trabajo”; hay que señalar que dicha posibilidad de terminar el contrato también está radicado en el trabajador; pero una persona que es sustento económico de toda su familia, no tiene la misma libertad de dejar su puesto de trabajo, como la tiene el acreedor de despedir a los trabajadores según su conveniencia.

Como mención aparte es preciso señalar, que existen mecanismos que mitigan lo absoluto de este desahucio libre, y que tienen como finalidad la protección del trabajador, haciendo más oneroso el despido y por tanto entregándole un poco más de protección y estabilidad laboral, pero estas medidas, que los autores del derecho laboral llaman limitaciones laborales impropias⁷, no poseen más carácter que ser meramente restrictivas y no constituyen propiamente un sistema de protección al trabajador.

a) Sistema de desahucio libre con plazo preaviso.

Este sistema estuvo contemplado en la legislación laboral chilena y fue recogida por el primer Código del Trabajo de 1931 hasta la dictación de la Ley n° 16.455 de 1966 y consistía en que el empleador podría desvincular a un trabajador libremente, sólo debiendo notificar al trabajador con un plazo previo antes del despido. Esta institución era recogida por el artículo 10 de dicho código, el cual decía: *“Cualquiera de las partes podrá poner término al contrato cuando lo estime conveniente, pero dando a la otra un aviso con seis días de anticipación o abonándole una suma de dinero equivalente al salario de seis*

⁷ PLA RODRÍGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Segunda Edición, Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina 1978. pág. 172

días de trabajo.”⁸

b) Sistema de desahucio libre con preaviso o con indemnización sustitutiva de aviso previo e indemnización por años de servicio:

Este sistema fue adoptado por la legislación chilena en el D.L. 2.200 del año 1978 que en el artículo 13 letra f establecía que el contrato de trabajo terminará por las siguientes causales: *“Desahucio escrito de una de las partes, que deberá darse a la otra con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la inspección del trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esa anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada, y [...]”*⁹

A la luz del precepto citado, son evidente sus características, en donde el empleador podría despedir a un trabajador informándole previamente de la desvinculación, con a lo menos treinta días de anticipación, pero a diferencia del sistema anterior, podía evitar tener que esperar este plazo, si pagaba al trabajador lo equivalente a una remuneración, en compensación al mes de preaviso del que habla la ley.

A su vez, en el mismo cuerpo legal, en el artículo 16 se establecía una indemnización por años de servicio que el trabajador tenía derecho una vez desahuciado por el empleado y que era compatible con la indemnización sustitutiva del aviso previo *“[...] el empleador desahuciare el contrato que hubiere estado vigente un año o más, deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a la última remuneración mensual devengada, por*

⁸ Decreto con Fuerza de Ley n° 178 que crea el Código del Trabajo de 1931.

⁹ Decreto Ley 2.200 del año 1978 artículo 13 letra f).

*cada año de servicios y fracción superior a seis meses prestados continuamente al mismo empleador. [...]*¹⁰

El sistema en referencia se mantuvo prácticamente sin variaciones en la Ley de 1984 y en el Código del Trabajo de 1987, aprobado por la ley 19.620 de 1987.

Es necesario indicar que las dos variantes anteriores de libre despido si bien generan trabas de carácter económico al despido de un trabajador, no son técnicamente medidas que tengan como fin buscar la estabilidad laboral del trabajador, puesto que a pesar de las indemnizaciones contempladas por las normativas, existe una libertad en el desahucio, toda vez que no es necesario invocar causas para el despido.

1.3.2. Sistema de Estabilidad.

El sistema de estabilidad en el empleo consiste en el derecho que se le reconoce al trabajador de permanecer en el cargo que se desempeña, a no ser despedido sin causa debidamente justificada por la autoridad competente y, en subsidio, en caso de despido injustificado, a ser indemnizado adecuadamente.

Es, por lo tanto, la antítesis de un sistema de desahucio. En un sistema de estabilidad, siempre se requiere de la existencia de una causa o motivo, pero, no solamente que exista una causa o motivo, sino que dicha causa esté en la ley como una conducta o situación susceptible de hacer caducar el contrato y que, además, haya sido aplicada en forma justa.

¹⁰ Decreto Ley 2.200 del año 1978 artículo 16.

La estabilidad laboral, por su importancia en la dinámica de la sociedad, es considerada un principio, y diferentes autores así lo establecen. Incluso la OIT se ha pronunciado sobre la misma en su Convenio N° 158 sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San Salvador y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San Salvador, establece que: “[...]si un trabajador que goza de "estabilidad laboral" es despedido injustificadamente, la reparación de este daño tiene tres posibilidades, todas ellas adecuadas: (i) reposición en el trabajo, o, (ii) indemnización, o, (iii) otras prestaciones como el seguro de desempleo. Señalan, además, que es opción de cada país a través de su legislación adoptar la que se considere más oportuna”¹¹

A su vez, el profesor Jorge López-Pérez señala al respecto: “La estabilidad y seguridad en el empleo es muy importante para la sostenibilidad a largo plazo en las cadenas de producción y es esencial para garantizar el trato justo de los trabajadores. Se prefiere una relación de trabajo con contrato de trabajo regular e indefinido que cuente con beneficios adecuados, lo cual la FLA fomenta entre sus afiliados. Existen circunstancias en las cuales otras formas de empleo podrían ser necesarias para cumplir con necesidades de corto plazo o cubrir brechas, sin embargo es necesario que estas instancias se limiten y

¹¹ MORALES CORRALES Pedro G., “Vías Procesales de Impugnación del despido: Indemnización y reposición” [en línea], presentación “power point”, Lima, Octubre del 2003. Disponible en <<http://www.amag.edu.pe>> también en <<http://www.amag.edu.pe/docs/Morales_Estabilidad%20Laboral%20SentenciIndeminización por Años de Servicio%20TC.ppt>> [Consultado el 15 de julio del 2014].

controlen para prevenir su mal uso en perjuicio de los trabajadores. ¹²

a) Sistema de estabilidad absoluta.

Al tratarse de un sistema de estabilidad, se requiere obviamente de la existencia de una causa legal y justa para poder proceder al término de la relación laboral. Sin embargo su característica esencial es que si el despido del trabajador es nulo por no concurrir una causa legal y justa, el empleador debe reintegrar al trabajador a la empresa y a su puesto de trabajo, pues debe volverse a la situación anterior al despido, careciendo el empleador de una opción distinta al reintegro, si se ha dictado una resolución judicial en tal sentido.

b) Sistema de estabilidad relativa.

La estabilidad relativa también plantea la necesidad de invocar una causal para el despido del trabajador, pero a diferencia del sistema de estabilidad absoluta, la invocación de una causal improcedente, injusta o arbitraria, no genera el derecho de reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, sino que da derecho al pago de una indemnización, la cual es fijada por la ley. Algunos autores califican este sistema de estabilidad relativa como impropia, en oposición a aquel sistema calificado como de estabilidad relativa propia, en que frente a la calificación del despido como injustificado, el trabajador puede seguir considerándose como parte de la empresa y recibir su remuneración, incluso si el empleador no lo readmite.

¹² LOPEZ-PEREZ, Jorge F.; "Estabilidad y Seguridad del Empleo y el Trabajo Decente", Protecting Workers' Rights Worldwide. [en línea] Disponible en <<http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/>>> también en <<http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2766&context=globaldocs>,> [Consultado el 15 de julio del 2014]

c) **Sistema de inamovilidad.**

Este sistema tiene como característica principal la necesidad de un procedimiento previo ante una autoridad administrativa o judicial para despedir a un trabajador, en donde el empleador debe invocar una causal de despido, taxativamente señalada por la ley, y que signifique un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato; esto significa que el trabajador no puede ser despedido por causales objetivas como fuerza mayor, necesidad de la empresa, (a excepción por obvias razones por muerte del trabajador), sino que deben ser causales subjetivas atribuibles a la conducta del trabajador.

Este sistema rige, por ejemplo, para los funcionarios públicos y se conoce como de inamovilidad en el empleo, por lo que, en definitiva, el funcionario tiene derecho a permanecer indefinidamente en su cargo, salvo en que incurra en alguna causal atribuible a su conducta y que autorice el despido disciplinario, previa comprobación de esta conducta por la autoridad competente.

Otro ejemplo de este sistema de inmovilidad, son los distintos fueros que contempla actualmente nuestra legislación.

El fuero es una especial forma de protección que establece la ley para ciertos trabajadores y trabajadoras que se encuentran en un especial estado de vulnerabilidad y que consiste fundamentalmente en que aquéllos no podrán ser despedidos, sino previa autorización judicial por alguna de las causales que dispone la ley.

2. **Sistema de término del contrato laboral en Chile.**

2.1 **El caso chileno, ¿Estabilidad relativa o libre despido**

atenuado?

En Chile, a pesar de existir causales de despido que deben configurarse y argumentarse a la hora de desvincular a un trabajador de su puesto de trabajo; la existencia de distintos tipos de contrato, en especial los de corto plazo, y a la gran proliferación de la subcontratación y sus efectos, la baja sindicalización y casi nula negociación colectiva, los bajos salarios, la falta de capacitación de los trabajadores ha mermado la estabilidad laboral que podría tener un trabajador en nuestro país, y así lo demuestran las estadísticas de las distintas encuesta de ocupación, a las que nos referiremos más específicamente en el Capítulo IV de este trabajo.

Es de consenso de muchos autores, que en la actualidad la estabilidad laboral es sólo una efímera idea que se ha perdido tras muchas modificaciones que han derivado en un sistema que tiene muy pocas garantías para el trabajador a la hora de conservar su puesto de trabajo, y peor aún, no existe un sistema de protección tras el despido, puesto que el seguro de cesantía es un sistema aún deficiente, y como veremos a lo largo de esta tesis, sólo un pequeño segmento de los trabajadores termina su relación laboral con una indemnización por años de servicio. Cómo lo señala la doctrina: *“[...] el principio de continuidad de la relación laboral no tiene cabida en nuestro orden jurídico, ni en términos positivos ni implícitos (...) porque una vez que se ha hecho posible pactar contratos de carácter temporal, sujetos a plazo o condición, sin expresión de causa, la continuidad de la relación laboral queda*

*resentida en su base*¹³

No obstante, estos puntos serán tocados a lo largo de este trabajo, y no es nuestro interés de momento, abordar más la situación laboral chilena actual, no obstante dejar al lector la idea de la inexistencia, en la realidad, de una verdadera estabilidad laboral, o de mecanismos de protección tras el despido como existe en los sistemas de flexiseguridad, que son seguidos por Países Bajos.

2.2. Tipos de Contratos Labores en Chile.

La legislación laboral contempla los siguientes contratos en términos generales, omitiendo claro está, los contratos especiales también contenidos en la ley laboral.

2.2.1 Contrato a Plazo Fijo:

Establece una fecha de inicio y de término del contrato. Éste puede ser renovado, pero no puede prolongarse por más de dos años. Muchas empresas acostumbran a contratar por tres meses bajo el formato plazo fijo y renovar el acuerdo por otros tres meses. Eso es legal, pero al cabo de ese tiempo el trabajador debe continuar con contrato indefinido o ser desvinculado de la empresa.

2.2.2. Contrato Plazo Indefinido:

No tiene definido cuándo llegará a su término, por lo que da al empleado una situación más estable dentro de la empresa. El vínculo con ésta finaliza con la renuncia, el despido o la muerte del trabajador. Pese a que se mantiene en el tiempo, este tipo de contratos debe ser actualizado una vez al

¹³ LIZAMA, Luis, UGARTE, José Luis, "Interpretación y derechos fundamentales en la empresa", Editorial Jurídica Cono sur Ltda., Santiago, 1998, págs. 123 y 124.

año.

2.2.3. Contrato por Obra o Faena:

Se usa para trabajos específicos, donde tras la ejecución del mismo el empleado queda sin trabajo, pues ya cumplió su función. Por lo mismo el contrato no puede ser renovado, sin perjuicio que la persona vuelva a suscribir un contrato con la misma empresa para realizar otra labor.

2.3 Causales de Término del Contrato Laboral

Las causales, objetivas y subjetivas que ponen término al contrato de trabajo se encuentra establecidas en los artículos 159, 160, 161 y 171 del Código del Trabajo.

La enumeración de los artículos señalados se ha considerado como taxativa por muchos autores¹⁴, señalado al tenor literal de los artículos en donde se expresa directamente:

Artículo 159: El contrato de Trabajo terminará en los siguientes casos [...]

Artículo 160: El contrato de Trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales [...].

Artículo 161: 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 [...].”

Como se puede ver en el enunciado de los tres artículos del Código

¹⁴ Entre otros, HUMERES MAGNAN, Héctor; HUMERES NOGUER, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997. THAYER ARTEAGA, William, Manual de Derecho del Trabajo. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1989.

Laboral, que engloban las causales de despido, el legislador no ha manifestado un ánimo de generar analogías con situaciones que no hayan sido englobadas en las distintas causales, esto porque la relación laboral no se rige por las normas generales del Derecho Civil, y en la terminación del contrato laboral el principio de autonomía de la voluntad no es posible aplicarla, en virtud que dichas normas son de Orden Público. Cabe señalar, que la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en material laboral está muy restringida dado el carácter proteccionista en que se basa esta rama jurídica.¹⁵

En estricto rigor la naturaleza jurídica del contrato de trabajo es aquel de contrato dirigido, entendiendo este como el contrato cuya reglamentación no es supletoria de las partes, sino imperativa, sin que las partes puedan alterar, en el contrato particular, lo establecido de manera general y anticipada por el legislador, sea en su contenido y efectos, o en la persona con la cual se debe contratar, salvo que reconozca más beneficios, es decir, nunca puede el empleador, disponer de las cláusula que fijan el mínimo del contenido y los efectos que todos contrato laboral debe cumplir.

Sin embargo, se debe aclarar que si bien la referida enumeración es taxativa no es menos cierto que dentro de estas existen algunas causales que tienen un marcado carácter genérico, de tal forma que pueden caber múltiples situaciones de hecho, como sucede por ejemplo con la causal de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.¹⁶

¹⁵ MELIS VALENCIA, Christian y SAEZ CARLIER, Felipe, Derecho del Trabajo, Tomo I. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, 2000., pág. 114.

¹⁶ Código del Trabajo, artículo 160 n°7

2.3.1 Clasificación de las causales de despido en el Código del Trabajo.

Las causales ya anunciadas en el título anterior, pueden clasificarse en hechos no imputables a alguna de las partes, subclasificadas a su vez en aquellas originadas por la voluntad de las mismas o sólo de una de ellas – mutuo acuerdo de las partes, renuncia del trabajador- o por circunstancias cuya consecuencia lógica es el fin de la relación laboral –caso fortuito o fuerza mayor, muerte del trabajador, conclusión de la obra o faena, expiración del plazo fijado para la vigencia de la relación laboral y la quiebra-.

El artículo 160, por su parte, trata situaciones que presuponen un acto imputable al trabajador, sea a su dolo o mera desidia que justifican la terminación abrupta de la relación laboral por parte del empleador.

Finalmente, el artículo 161 se refiere a dos causales que representan la voluntad del empleador, las cuales, sin embargo, están justificadas por el legislador debido a la especial situación a las que se refieren. Ellas son la causal de necesidades de la empresa y el desahucio para los trabajadores con poder de representación del empleador, de casa particular y de exclusiva confianza del empleador.

2.4 Indemnizaciones por término de contrato de trabajo.

Las causales de despido pueden ser de mutuo acuerdo, por decisión del trabajador, por razones objetivas, y por razones subjetivas e imputables al trabajador, pero de estas causales, sólo algunas dan lugar a la indemnización por años de servicio.

El artículo 163 del Código del Trabajo establece que si el contrato de trabajo hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término

de conformidad al artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o por desahucio, deberá pagar al trabajador la indemnización por años de servicio que hubieren pactado contractualmente y de no existir tal pacto la equivalente a 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente al empleador, indemnización que se encuentra limitada a 330 días de remuneración. Por su parte, el artículo 7° transitorio del referido Código establece que los trabajadores con contrato de trabajo vigente al 1° de diciembre de 1990 y que hubieren sido contratados con anterioridad al 14 de agosto de 1981, tienen derecho a las indemnizaciones que le correspondan sin el límite máximo de los 330 días de remuneración. De esta forma, si el empleador pone término al contrato aplicando la causal de necesidades de la empresa a un trabajador contratado con anterioridad al 14 de agosto de 1981, su indemnización por años de servicios es sin tope de años.

CAPITULO II: ¿QUÉ ES LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO?

1. Conceptualización de la Indemnización laboral.

1.1 Concepto de Indemnización.

Antes de adentrarnos en el concepto mismo de la indemnización por años de servicio, es recomendable hacer precisiones conceptuales de lo que es la indemnización propiamente tal.

En el sentido literal y obvio de la palabra, es definida la indemnización como:

“Indemnización: Resarcir de un daño o perjuicio.”

La indemnización, es una institución que se encuentra transversalmente en todas las áreas del derecho, obedeciendo al principio de justicia conmutativa, busca resarcir el perjuicio ocasionado al incumplir un deber de cuidado, fijado por la ley, por la voluntad de la partes, o por el juez.

Es en el Derecho Civil, donde más se ha desarrollado la institución de la indemnización de perjuicios, y constituye un modo de obtener, por equivalencia en dinero, el cumplimiento de una obligación. Es así que se ha definido como: “la cantidad de dinero que debe pagar el deudor al acreedor y que equivalga o represente lo que éste habría obtenido con el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación”¹⁷

¹⁷ ABELIUK MANASEVICH, René. “Las Obligaciones”, Tomo II, Santiago, Chile, 1993, pág.

Aun siguiendo estrictamente la institución de nuestro derecho civil, que en su mayor parte acepta la noción de responsabilidad por culpa, se puede determinar que, para que exista derecho a la indemnización deben darse una serie de supuestos, que son:

- Incumplimiento de una obligación.
- La existencia de perjuicios.
- La relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios.
- La imputabilidad del perjuicio, ese es culpa o dolo del deudor.
- Que no concurra una causal de exención de responsabilidad del deudor.
- La mora del deudor. Sin embargo la mora del deudor es sólo aplicable a las relaciones contractuales, no así cuando hay deberes de cuidado que al ser incumplidos dan lugar a responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, en materia laboral, la indemnización tiene diversas características y no se condicen con la naturaleza jurídica de la indemnización en materia civil, a pesar de que en principio obedecía a compensar los daños y perjuicios que producía la ruptura abusiva y arbitraria del contrato de trabajo para el trabajador. Si bien el despido de un trabajador es una situación traumática que no solo afecta a trabajador, y a su familia, y por correlato a la sociedad, las actuales doctrinas y condiciones laborales han relativizado esta situación tornándola mucho más pantanosa, buscando restarle la idea de “sanción” a un despido, puesto que el mismo no significa un ilícito, sino el ejercicio de un derecho por parte del empleador.

1.2. Tipos de Indemnizaciones en Materia Laboral.

El código del Trabajo contempla varias indemnizaciones que derivan del término del contrato de trabajo, y se diferencian en cuanto al contenido, siendo en algunos casos más preciso el concepto mismo de indemnización que en otras. Estas son:

1.2.1. Indemnización Sustitutiva de Aviso Previo.

Cuando el contrato de trabajo es terminado por las causales contempladas en el artículo 161 del Código del Trabajo, es decir, necesidades de la empresa o desahucio, el empleador tiene la obligación de dar un aviso previo al trabajador de por lo menos treinta días, a fin de que el trabajador pueda buscar un nuevo empleo, o, puede el empleador pagar, a modo de indemnización en dinero efectivo, el equivalente a una última remuneración mensual devengada.

El sentido de esta norma es resguardar un plazo prudente para que el trabajador busque un nuevo empleo, con una remuneración resguardada por la ley, ya sea trabajando durante el mes que la ley da, o con el pago previo de la remuneración mensual devengada. Sin embargo no es prudente considerar que el despido en sí es un hecho ilícito que genera perjuicios, - considerando la institución civil de la indemnización de perjuicios- puesto que no es posible obligar a un empleador mantener a un trabajador en un puesto de trabajo sin posibilidad de movilidad, ya hemos visto que en Chile, el sistema de despido es más bien un libre despido atenuado.

Es por esto que a nuestro considerar que este pago o plazo que se le otorga al trabajador a la hora de ser despedido, es una manera de protección

contemplada por el legislador al momento de regular las relaciones laborales.

Sin embargo, como veremos más adelante, esta protección cumpliría su objetivo si existiese un sistema que garantizara un puesto de trabajo, estabilidad laboral, pero los hechos reflejados en las últimas encuestas demuestran que el empleo en Chile está caracterizado por ser precario y tener un alto grado de inestabilidad.

1.2.2. Indemnización por años de servicio.

El artículo 163 del Código del Trabajo distingue tres clases de indemnización por años de servicio.

a) Indemnización Legal:

El empleador que al terminar un contrato laboral indefinido, en donde el trabajador estuvo un año o más, por las causales de necesidades de la empresa o desahucio, está obligado por la ley a pagar al trabajador lo equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada, por cada año de servicio o fracción superior a seis meses prestados continuamente al empleador, con un tope máximo de once meses.

Los demás elementos, subclasificaciones y requisitos más específicos de esta Indemnización en particular, serán estudiados más acuciosamente en el capítulo siguiente, sobre Evolución Histórica de la Indemnización por años de Servicio.

b) Indemnización convencional:

La ley faculta a las partes de un contrato laboral, (trabajador – empleador, sindicato-empleador) a negociar montos de indemnización a la hora de finalizar un contrato de trabajo, es por esto que esta indemnización puede

nacer por cláusula individual, contrato o convenio colectivo o fallo arbitral, pero siempre será por sobre del valor fijado por la indemnización legal, y cumpliendo los requisitos establecidos.

Requisitos de la indemnización convencional.

- Debe ser convenida, ya sea individual o colectivamente
- Debe ser superior a la indemnización legal, o de lo contrario regirá esta

c) Indemnización voluntaria:

Por la mera liberalidad, el empleador puede otorgarle una indemnización, mayor a la legal, al trabajador que cesas sus funciones en el puesto de trabajo.

Como vemos, y a la luz del artículo ya mencionado, el empleador está obligado a pagar al trabajador cuyo contrato haya durado un año o más; y haya terminado por una de las causales del artículo 161, del Código del Trabajo; una suma de dinero establecida ya sea por la ley, por el acuerdo de las partes, o por la mera liberalidad del empleador. Dicha suma se entiende que es un beneficio laboral, y ese nunca podrá ser inferior a la indemnización legal, cuando se trata de las indemnizaciones convencionales o voluntarias.

1.2.3 Indemnización sustitutiva a todo evento establecida en el art. 164 del código del trabajo.

El Código del Trabajo reconoce la posibilidad que las partes del contrato de trabajo, acuerden una indemnización que proceda a todo evento, es decir, que no dependa de la causal de despido que exista, pero coloca como requisito un plazo de operación.” [...] *exclusivamente en lo que se refiera al lapso posterior a los primeros seis años de servicios y hasta el término del*

undécimo año de la relación laboral.”¹⁸

Para que proceda la indemnización ante todo evento, debe existir el pacto expreso de las partes por escrito, en orden a reemplazar, sobre el exceso de los primeros seis años de servicio, la indemnización por años de servicio.

El sistema funciona por medio de un aporte que el empleador deposita cada mes en una cuenta de ahorro especial, que para estos efectos abrirá la administradora de fondos de pensiones o AFP de cada trabajador. Los fondos de esta cuenta especial podrán girarse una vez que el trabajador acredite que ha dejado de prestar servicios en la empresa de que se trate, cualquiera que sea la causa de tal terminación. El aporte no podrá ser inferior al equivalente al 4,11% de las remuneraciones mensuales de naturaleza imponible que devengue el trabajador desde la fecha del acuerdo, ni tampoco excederá un 8,33% de aquéllas.

Requisitos indemnización sustitutiva a todo evento establecida en el art. 164 del código del trabajo:

- Exclusivamente en lo referido al lapso posterior a los primeros 6 años y hasta el término de 11 años.
- Debe constar el pacto por escrito.
- El aporte no podrá ser inferior al 4.11% de las remuneraciones mensuales imponibles a partir de la fecha del acuerdo. Este porcentaje se aplicará hasta la remuneración máxima de 90 UF.

Forma de pago de esta indemnización:

- El empleador la deposita mensualmente en la A.F.P en una

¹⁸ Artículo 164 del Código del Trabajo.

cuenta de ahorro especial.

- Estos fondos solo podrán ser girados cuando trabajador acredite que dejó de prestar servicios.
- En caso de muerte, los fondos se pagaran a las personas en la forma señalada en el artículo 60. El saldo si queda (más de 5 UTA) incrementara la herencia.
- Estos aportes son cotizaciones previsionales para efectos de cobro al empleador.

1.2.4 Indemnización contemplada en el art. 168 del Código del Trabajo.

Esta indemnización es más bien un recargo a la indemnización por años de servicio que ya está establecida de manera legal, y ocurre cuando un trabajador ha sido despedido por alguna de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo, y que se considere que tal aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se ha invocado ninguna causal legal para terminar el contrato de trabajo.

Dicha consideración es materia de discusión en tribunales, en donde el empleador debe recurrir al Juzgado de Letras del Trabajo competente, dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde la separación de las funciones, a fin que declare que el despido ha sido injustificado, indebido o improcedente, o que no se ha invocado ninguna causal legal para terminar el contrato de trabajo. Dicho plazo se suspenderá hasta por 70 días hábiles, si el trabajador realiza el reclamo correspondiente en la Inspección del trabajo, no pudiendo superar los 90 días desde el día del despido.

1.2.5 Indemnización establecida en el art. 171 del Código del trabajo.

El artículo 171 del Código del Trabajo establece la acción conocida en la doctrina como despido indirecto o autodespido, esto es, el derecho de todo trabajador para poner término a su contrato de trabajo cuando el empleador ha incurrido en alguna de las causales de caducidad establecidas en los números 1, 5 o 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, pudiendo en este caso, el afectado, recurrir al tribunal para demandar el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y años de servicio con el aumento correspondiente.

El auto despido es la contra cara del incumplimiento de las obligaciones, pero por parte del empleador, el cual también está sujeto a las obligaciones que emanan del contrato de trabajo y por ende, a su cumplimiento.¹⁹

La ley se sitúa en la problemática de la situación, dándole el derecho al trabajador de terminar el contrato de trabajo de manera unilateral en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador, en consideración de que una renuncia sin esta norma no daría lugar a ninguna indemnización ni seguro de cesantía.

La Corte de Apelaciones se ha pronunciado en el mismo sentido sobre el auto despido, considerándolo el alter ego de la decisión unilateral del empleador de terminar el contrato de trabajo "*Si bien la norma en referencia*

¹⁹ MELLA CABRERA, Patricio, "El despido Indirecto o resolución del contrato laboral por incumplimiento patronal" [visto en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción. Revista n°210, julio-diciembre 2001, Disponible en www.revistadederecho.com también en www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2734. [consultado el 20 de octubre del 2014]

habla de “despido”, se debe entender que el derecho contemplado en el artículo 171 del Código del Trabajo, aun cuando es ejercido por el trabajador, es la réplica a la decisión unilateral del empleador renuente al cumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato, motivo por el cual no se puede atribuir el fin de la relación laboral a la voluntad del trabajador, por cuanto si éste no verifica en el juicio los requisitos del despido indirecto, se entenderá que él mismo renunció al contrato.”²⁰

Requisitos:

- El artículo 171 inciso segundo establece que el trabajador deberá dar los avisos referidos en el artículo 162, en la forma y oportunidades allí señaladas. Así, el trabajador tiene que:
 - Entregar personalmente o por carta certificada, una comunicación escrita al empleador expresándole la causal invocada y los hechos en que se funda, dentro del plazo de 3 días hábiles desde el término de la relación laboral.
 - Remitir copia del aviso previo escrito enviado o entregado al empleador, a la inspección del trabajo, dentro del tercer día hábil de terminado el contrato
 - Recurrir al juzgado del trabajo que corresponda, dentro de 60 días hábiles.

El efecto del auto despido consiste en que el empleado a quien se le haya acreditado la causal, recibirá la indemnización por años de servicios y la indemnización sustitutiva del aviso previo si correspondiere, legal o

²⁰ CORTE DE APELACIONES, Recurso de nulidad caratulado González con Compass Servicios S.A. Rol 212-2010, 2º Juzgado del Trabajo de Santiago: Rit M-787-2009.

convencional, con un recargo de hasta 80% o 100%, según si la causal corresponde al N°7 del artículo 160 o a los número 1°, 5° o 6° de este.

1.2.6 Indemnización especial establecida para los trabajadores de casa particular.

Esta indemnización, establecida en el artículo 163 párrafo cuarto, consiste más bien en un seguro a cargo del empleador que equivale al 4,11% de la remuneración mensual imponible del trabajador, la que será pagada a todo evento. Los depósitos se efectúan en una cuenta abierta, para tales efectos en una Administradora de Fondos de Pensiones, de acuerdo al artículo 165 y 166 del Código del Trabajo.

1.2.7 Indemnización por vulneración de derechos fundamentales

Este tipo de indemnización surgió con el nuevo cambio de procedimiento laboral, y la ley 20.087 del año 2006, que integró el nuevo procedimiento de tutela laboral. Estos derechos están expresamente contempladas en la ley (artículo 485 del código del trabajo, en el artículo 2 del mismo código, y sobre las prácticas antisindicales, del capítulo noveno del título 1° del libro III del código del trabajo).

Este procedimiento, si se ha declarado culpable al empleador, plantea 3 soluciones, establecidas en su artículo 489:

a): Es la regla general: Si la vulneración de los derechos fundamentales fueran de aquellos en los incisos primero y segundo del artículo 485, y se hubiere producido con ocasión del despido, entonces se pagaran las indemnizaciones del artículo 162 (indemnización sustitutiva por el aviso

previo), las del artículo 163 (indemnización por años de servicio), más el recargo del artículo 168 por despido injustificado. Junto con estas 3 indemnizaciones, se agrega otra, *“una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual”*²¹

b): En el caso que el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo segundo de este código (actos de discriminación), y sea calificado como grave, el trabajador podrá optar entre estas indemnizaciones o la reincorporación.

c): casos contemplados en el artículo 292 del código del trabajo. En caso de que alguna práctica antisindical termine en el despido de un trabajador amparado por fuero se contempla la nulidad del despido y su reincorporación.

²¹ Código del Trabajo, artículo 294 inciso 2° y artículo 489 inciso 4

CAPITULO III: ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO EN CHILE.

1. Mirada a la legislación laboral sobre indemnización por años de servicio.

Una vez que nos apartamos de la regulación civilista del contrato de trabajo, superando el concepto de arriendo de servicios, o trabajo a honorarios, nos encontramos que nuestra legislación ha tocado el tema del contrato laboral y su término de este desde los albores del Derecho Laboral en Chile, pues, siempre se ha entendido lo crucial que es el Trabajo en la sociedad, tal como lo explicamos en el capítulo I, de este trabajo.

Sin embargo, no es posible abordar en este capítulo toda la evolución histórica, de la Indemnización por años de servicio, al ser tan extensa, llena de leyes, decretos con fuerza ley y los Decretos Ley, y no es menos cierto, que dichas normativas no nacieron sino gracias a la presión de los movimientos sociales de trabajadores, y sindicatos, y también por las presiones de otros actores políticos, como el empresariado o el mismo ejército en el periodo de 1924, por ejemplo.

Es por esto, que para dar coherencia a la institución de la indemnización por años de servicio, tomaremos aquellas leyes que han sido

importantes, y que claramente nos indican cómo el legislador ha considerado esta institución, qué efectos le ha atribuido y como ha ido evolucionando hasta el día de hoy.

2. Primeras normativas laborales antes del Código del Trabajo de 1931.

Antes de la dictación del Código del Trabajo en 1931, que viene a consagrar la Indemnización por años de Servicio en favor de los trabajadores particulares (aunque en un principio sólo a los empleados), podemos encontrar diversos antecedentes, consagrados en normativas laborales dispersas que vienen a consagrar este “derecho”,

Es así, que el primer vestigio de una indemnización por separación del trabajador de su puesto de trabajo, lo encontramos en la Ley 376 del 14 de septiembre de 1896, en ella, se establecía que los empleados públicos, separados por causa de los sucesos políticos de 1891, y que no tuvieran derecho a jubilar; tenían derecho a una remuneración equivalente al 10% del sueldo anual asignado al empleo al 31 de diciembre de 1890, por cada año de servicio que comprueben y cuyo monto no podrá exceder del sueldo de un año.²²

Dicha remuneración tendría un carácter de “gratificación”, siendo a su vez, inembargable, no compatible con la jubilación, y de un carácter transmisible. Lo curioso de esta normativa, no es sólo la calificación de gratificación, que hace alusión a la participación del trabajador en las utilidades

²² PARADA ARRIAGADA, Alejandro; RAMOS AVENDAÑO, Dagoberto, “Indemnización por años de servicio, evolución histórica” Tesis para acceder al Grado de Licenciado en ciencias Jurídicas y sociales. Universidad Central, 1995. Pág. 76.

de la empresa (condiciéndose, dicho sea de paso con la teoría sobre la naturaleza jurídica de mayor valor de la empresa, que veremos más adelante); sino que se fija bajo la causal de Fuerza Mayor, pues, los hechos de 1891, y la crisis institucional que vivió nuestro país, dan pie para calificarlo como tal.

Posteriormente, son dictadas dos normativas distintas, en donde se fijan especies de indemnizaciones de perjuicios, en favor de los trabajadores que han sido separados de sus funciones, por situaciones que calificarían como fuerza mayor, - siguiendo la línea de la ley 376 de 1896 – es así que nos encontramos con la ley 2.711 del 11 de Septiembre de 1912, que tiene como fin regular la situación de los trabajadores que quedaban separados de sus funciones tras ser derogada la ley que creaba la caja de Créditos Salitreros. También tenemos la ley 2.767 del 28 de enero de 1913, que surge a modo de protección de los trabajadores que habían sido separados de sus funciones tras la reorganización de la Dirección General de Obras Públicas,

Como podemos ver en los tres casos señalados, los distintos cuerpos legislativos reconocían una especie de indemnización por fuerza mayor a funcionarios públicos.

Sin embargo el mayor antecedente previo a Código del Trabajo de 1931, lo encontramos en la ley 4.059 del 27 de septiembre de 1924, promulgada dentro del llamado primer cuerpo de leyes sociales, promulgadas todas el mismo año.

Esta normativa, que dicho sea de paso, nunca entró en vigencia, producto de la gran efervescencia social del momento, y las constantes

amenazas golpistas, constituía realmente una Indemnización a los empleados, equivalente a una remuneración por tantos años que hubiese estado el trabajador prestando servicios en una empresa con más de 10 trabajadores.

Esta norma hablaba de gratificaciones, reafirmando lo que hemos señalado hasta este punto sobre la materia; que estas normas obedecían a una indemnización por la contribución del trabajador al mayor valor de la empresa o la participación del trabajador en esta.

La causal contemplada en esta normativa, presente en el artículo 31, señala que el “patrón” debería la indemnización cuando ponga fin al contrato por un acto voluntario suyo.

Esta ley sería modificada por el decreto ley número 168 del 31 de diciembre de 1924, en donde se modifica la ley anterior, cambiando el concepto de Gratificación por el de Indemnización por desahucio, entregándole un carisma muchos más previsional y de seguridad social que tenía antes en la ley 4.059.

3. Primer Código Laboral de 1931.

Para el año 1931, se concretiza lo que no pudo realizarse en 1924, y esto es la publicación en el diario oficial del primer Código del Trabajo en Chile, que viene a refundir y coordinar las normas que regulaban las relaciones laborales en el país, articulando las distintas Leyes existentes a la fecha, entre ellas, las que hacían referencia a la Indemnización por despido, que hasta ese momento, estaba referida a causales de fuerza mayor y sólo a funcionarios públicos.

El Nuevo Código del Trabajo, que colocaba la normativa chilena a la

vanguardia del Derecho en Latinoamérica, fue promulgado el 31 de mayo de 1931, y, en referencia a la Indemnización por despido, lo regulaba en el artículo 169 y siguientes. Señalaba dicho artículo en su inciso primero:

Artículo 169: Llámese indemnización por años de Servicio la que el empleador debe pagar al empleado por servicios continuos.²³

Los artículos siguientes hablan sobre las causales en que procede, el monto máximo a pagar, y requisitos para ser beneficiado por la Indemnización por años de Servicio.

Las similitudes con la actual institución materia de esta tesis, las encontramos en razón de las causales que dan derecho a la Indemnización, que plantean que sólo el empleado tendría derecho a dicho pago, una vez cesado sus servicios, cuando:

- El empleado ha prestado servicios al empleador por más de un año.
- Término del contrato por desahucio dado por el empleador, no siendo la causa de término el retiro voluntario del trabajador.
- Incurrir en las causales del artículo 164 n°2, 4, 8, 9 y 10. Relacionadas principalmente con faltas por parte del empleador.²⁴

²³ Código del Trabajo, publicado en el Diario Oficial el 31 de mayo de 1931

²⁴ Art. 164. Son causales de caducidad del contrato:

[...] 2.o La ausencia por enfermedad, por más de cuatro meses, dentro del período de un año;

[...]4.o La declaración de quiebra del empleador;

[...]8.o Las injurias, maltrato, o actos de una de las partes que comprometan la seguridad personal, el honor o los intereses de la otra;

9.o La retención de los sueldos y comisiones del empleado por más de un mes; y

10. La falta grave a cualquiera de las obligaciones que impone el contrato.

A su vez, el artículo 175, establecía las causales en donde no procedía la indemnización relacionadas principalmente por faltas graves por parte del trabajador²⁵.

En otras palabras: “[...] Con ello se quiso establecer que si la causal que daba lugar a la terminación del contrato se debía al empleador, éste estaba obligado a pagar indemnización al empleado y, a la inversa, si se debía a la culpa del empleado, este carecía de derecho para reclamar de aquel [este] beneficio”²⁶

En cuanto a las diferencias con la actual Indemnización por años de servicio podemos ver que se hacía, en aquel entonces, una distinción entre los trabajadores, distinguiendo entre empleados, en donde primaba el esfuerzo intelectual; y los obreros, donde primaba el esfuerzo físico.²⁷ Los segundos sólo tuvieron derecho a una indemnización por años de servicio, en el año 1953, a través del decreto con fuerza de ley de fecha 3 de agosto de ese mismo año.²⁸

La segunda diferencia, y más importante todavía, está relacionada con el monto al que tenía derecho el trabajador, y este se fijaba en el artículo 171

²⁵ Art. 175. No procederá la indemnización por años servidos:

- 1.o Cuando el empleado no haya servido un año completo al mismo empleador;
- 2.o Cuando el empleado se retire voluntariamente, con aviso o sin él; y
- 3.o En los casos de caducidad del contrato por las causales generales del artículo 164, con excepción de los números 2, 4, 9 y 8 y 10 en sus casos.

²⁶ TUBINO TESSARA, Alessandra; “De la indemnización por años de servicio y su marco Histórico legislativo, “Tesis para acceder al Grado de Licenciado en ciencias Jurídicas y sociales. Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, 2000. Pág. 53.

²⁷ TUBINO TESSARA, Alessandra; ídem, Pág. 50.

²⁸ PARADA ARRIAGADA, Alejandro; RAMOS AVENDAÑO; op.cit., pág., 82.

del código, señalando que “[...] la indemnización por años de servicio es equivalente a un sueldo mensual por cada año de servicio, considerando todo sueldo hasta un máximo de \$1.000”²⁹

Este máximo era solo en relación a los contratos de trabajo posteriores al 31 de diciembre de 1924, en aquellos contratos de tiempo anterior, sólo era cancelado al 50% del sueldo mensual. También se establecía una regulación sobre el límite máximo del monto a pagar, que hacía distinciones:

- Tratándose de años anteriores al 31 de diciembre de 1924, la indemnización se aumentaba en un 15% del exceso, por cada año de trabajo.
- Tratándose de años de servicio con posterioridad a la fecha anterior señalada, la indemnización se aumentaba en un 30% del exceso, por cada año de trabajo.

Otra diferencia, la encontramos en cuanto a los tipos de término del contrato, pues esta daba derecho a la indemnización también cuando no existía acuerdo entre las partes para continuar con los servicios entre empleador y empleado, o cuando el empleador no renovaba el contrato de trabajo a plazo fijo y también cuando existía ausencia por enfermedad del empleado, por más de cuatro meses dentro del periodo de un año.

En síntesis, podemos deducir que esta Indemnización por años de servicio, a pesar de ser materia de Derecho Laboral, tiene un carácter mucho

²⁹ Artículo 171 Código del Trabajo de 1931

más previsional, propio del Derecho de la Seguridad Social, siendo este punto lo que perfilaría a la actual indemnización por años de servicio.

Luego de la publicación del código, existen diversas modificaciones a esta institución, que terminan con su cambio por completo en el año 1978.

3.1. La Ley 6020, y 7064, refundidas en la ley 7.174 de 3 de julio de 1942.

Las Leyes 6.020, y 7.064, refundidas en la ley 7.174 de 3 de julio de 1942, junto con la ley 7.280, que posteriormente son nuevamente refundidas en la ley 7.295 de 30 de diciembre de 1942, junto a la ley 6.527 del 9 de febrero de 1940, contemplan la creación de un fondo patronal, equivalente al 8,33% del total de sueldos y comisiones que el empleado haya ganado durante el mes, a fin de crear el fondo de indemnización. Claramente en este punto, nos encontramos con una indemnización que parece tener la naturaleza jurídica de salario diferido o retribución complementaria diferida, y a su vez, sirviendo también como una seguridad para el empleado a la hora de ser despedido. Es decir, estas modificaciones le dan por fin el enfoque previsional a la Indemnización por años de servicio, pues en el artículo 39 de la ley 7.298, dispone que. *“desde el primero de enero de 1937, cesará la obligación de los empleadores que impone el Código del Trabajo, respecto de los años de servicios que se presten con posteridad a esta misma fecha.”*³⁰

Por otra parte, al ser descuentos de la remuneración del empleado, y al ser este dueño de dichos fondos, ya no era necesaria una causal legal para que naciera el derecho para el retiro de dichos fondos, es más, se permitía el

³⁰ PARADA ARRIAGADA, Alejandro; RAMOS AVENDAÑO; op.cit, pág., 85.

retiro anticipado de dichos fondos con el fin de invertir en un bien raíz.³¹

3.2. Ley 10.475 del 8 de septiembre de 1952

Completando el proceso de previsionalización de la indemnización por años de servicio, esta ley crea los beneficios clásicamente previsionales, como la jubilación y el montepío a favor de los empleados particulares.

Señala que el fondo de indemnización, pasara a formar parte de un fondo común, destinado a cubrir los nuevos beneficios. Señala que con los fondos obtenidos antes de la vigencia de esta ley, se creara un fondo de retiro del empleado, sobre el cuál conservará la propiedad.

Con esta ley se dio origen a un problema grave: Al ser entendida la indemnización por años de servicio como una prestación previsional, se produce una aparente incompatibilidad con las figuras típicamente previsionales creadas (jubilación y montepío). La solución que en nuestra opinión se debió dar es haber visto a la indemnización por años de servicio como una prestación laboral, compatibilizándola con los demás beneficios. Por ejemplo en el caso de los empleados de empresas periodísticas, el legislador resolvió el problema en 1947, estableciendo expresamente la compatibilidad de ambas prestaciones.

3.3 DFL 243, del 3 de Agosto de 1953.

Fue este decreto el que legalmente les dio el beneficio de la indemnización por años de servicios a los obreros, quienes antes solo lo conseguían por iniciativa propia, por contratos colectivos, convenios o leyes especiales; terminando así con la injusticia que se había acarreado hasta ese

³¹ TUBINO TESSARA," Alessandra; op.cit, Pág. 61

momento.³² El fundamento de esta modificación obedece a:

- a) Darle a todos los obreros apatronados un sistema único parejo ausente de privilegios económicos, rápido y eficaz.
- b) Persigue la tranquilidad del trabajador a través de la entrega de un capital considerable cuando ha concluido o menguado su capacidad productiva.
- c) Por último pretende evitar el desamparo en que puede quedar cuando por causas ajenas a su voluntad queda cesante
- d) Busca la igualdad jurídica entre trabajadores, disminuyendo la brecha entre obreros, empleados particulares y funcionarios públicos.

Este decreto establecía un sistema único, uniforme y eficaz respecto de aquellos obreros apatronados, que era pagado por el Servicio de Seguro Social³³, cabe señalar, que según el dictamen número 8.717 de dicho Organismo, se estimaba que: *“La indemnización por años de servicio no corresponde a un trabajo pues el trabajo realizado ya fue retribuido por el salario. Como su nombre lo indica, compensa al obrero por los años que dedicó*

³² HUMERES MAGNAN, Héctor. “Apuntes del derecho del Trabajo” Santiago, 1959, pág. 130.

³³ El Servicio de Seguro Social fue una institución estatal chilena, que funcionó entre 1952-1982 que tuvo a su cargo el cumplimiento de las obligaciones de la Ley N° 10.383 de seguridad

social (seguros de enfermedad, accidentes, vejez y muerte) de todos los trabajadores dependientes o independientes. A diferencia de las cajas previsionales que cubrían a los empleados, estuvo encargado de administrar los fondos que eran aportados por los trabajadores por concepto de cotizaciones para indemnización por años de servicio.

Departamento de Estudios Financieros del Ministerio de Hacienda. 1958. “Manual de Organización del Gobierno de Chile”. Santiago de Chile. Talleres Gráficos La Nación S.A.

a trabajar a las órdenes del patrón. Está destinado a proporcionar medios para afrontar la cesantía que sigue a ese trabajo o bien a habilitar al trabajador para adquirir bienes que le permitan trabajar en otra forma o especializarse, Repara el daño, por tanto, no corresponde cobrar imposiciones por las sumas pagadas por concepto de indemnización”³⁴

Es necesario señalar, que según este dictamen, la indemnización obedecería a la naturaleza jurídica de resarcir el daño inherente al despido; calificando al despido como una especie de ilícito que genera perjuicios que deben ser compensados, sin embargo, a su vez, parece confundir, o mejor dicho, le da una doble naturaleza a la Indemnización, atribuyéndole el carácter previsional de esta institución que hasta la fecha podemos ver en los cuerpos legales anteriores.

En este punto, la Indemnización por años de Servicio deja atrás por completo su vinculación con el despido del obrero, tomando la posición de ser efectivamente una garantía previsional para los trabajadores, quienes contribuyen con sus remuneraciones, (8,33% después de la entrada en rigor del DFL, y de un 4,165%, con anterioridad a esta fecha, con una retroactividad de 10 años). Es más, los requisitos para solicitar el retiro de dichos fondos eran:

- Contar con más de 1560 semanas de imposiciones, sin importar el empleador.
- Tener más de sesenta años de edad.

³⁴ IHNEN MIRANDA G., “Jurisprudencia Administrativa sobre Indemnización por años de servicio para los obreros, Decreto con Fuerza de Ley n°243” Santiago 1959, pág. 22

- Ser inválido o haber obtenido pensión de vejez conforme a la ley n°10.383, sobre el Servicio de Seguro Social.

Es así, que la Indemnización por años de servicio se ve regulada en dos cuerpos legales, por un lado, sobre los empleados, que estaba regulado en el Código del Trabajo y las normas que la modificaron posteriores, y por el DFL 243, que regulaba la materia para los obreros.

3.4. Ley n°16.455 sobre estabilidad en el empleo.

La mal llamada ley de inamovilidad, pues establecía el derecho a los trabajadores de ser reintegrados a sus puestos de trabajo, si eran despedidos sin justa causa. Las causales eran establecidas en esta ley, consagrándose el sistema de despido causado, pues se buscaba la manera de limitar las atribuciones del empleador para el libre desahucio.

Lo que es posible señalar en cuanto a esta ley respecto a la indemnización por años de servicio es que cambia su enfoque relacionada con el despido del trabajador, a tener una función principalmente previsional y asistencial, sin embargo, dicho cuerpo legal, entrega la posibilidad al empleador de, una vez acogido el reclamo por un despido sin que se invocara causal, la opción de reintegrar al trabajador, o pagar una indemnización que tenía como base, un sueldo mensual por año trabajado, no estableciéndose un límite para dicha indemnización.

Esta indemnización, que era fijada por el juez, partía de la base, como ya dijimos, del monto alcanzado por el trabajador en sus años al servicio del empleador, sin embargo, la misma ley le entregaba al juez la facultad de fijar

otros daños derivados por el despido, rigiéndose en este sentido por las normas civiles. Es necesario señalar en este caso, que esta indemnización por daños cumplía la función específica de resarcir el daño producido por el despido, tomando las características de compensar estos perjuicios, y ajustándose completamente a las normas civiles sobre el daño, pues considera el despido, en este caso injustificado, como un ilícito civil que genera la obligación de indemnizar.

No obstante, si queremos comparar esta indemnización con alguna de las existentes en la actualidad, estaría más relacionada con los recargos que fija la ley a la indemnización por años de servicio, cuando no se ha invocado causal, o esta es injustificada o arbitraria, en virtud de su compatibilidad con las demás indemnizaciones. “[...] *El mismo artículo 8, se encarga de establecer que la indemnización subsidiaria, es sin perjuicio de cualesquier otro beneficio o indemnización que las leyes o contratos otorguen al trabajador, por lo que serían perfectamente compatibles,*”³⁵

Es en este punto es donde podemos empezar a vislumbrar las características actuales de nuestro sistema, en donde tenemos por un lado, un “seguro” de carácter asistencial, que puede ser cobrado al final de la vida laboral, o bajo toda causal; y por otro, una indemnización que deriva del despido mismo. Es decir, tenemos una especie de seguro de cesantía y la Indemnización por años de Servicio.

4. Decreto Ley 2.200 de 15 de junio de 1978

Ya en plena dictadura, las modificaciones que se realizaron a la normativa

³⁵ TUBINO TESSARA,“ Alessandra; op cit, Pág. 146

laboral no se hicieron esperar, es así que tenemos el Decreto ley nº32 del 21 de septiembre de 1973, que crea nuevos tribunales de justicia, llamados a resolver las reclamaciones de los trabajadores sobre las causales de despido, y a su vez, agrega nuevas causales de caducidad del contrato de trabajo, que hacían mención a aquellas prácticas lesivas que fueran contrarias al proceso de recuperación nacional. A esta normativa, devinieron distintos decretos leyes que buscaban reorganizar el Estado, privando a todo funcionario público de cualquier seguridad en su empleo. Es así que se creó el Decreto Ley nº6 en septiembre; Decreto Ley nº22, en septiembre y el Decreto Ley nº22 en octubre, los tres del año 1973. Esta inestabilidad laboral de los trabajadores públicos terminaría con el Decreto Ley nº930 de 17 de marzo de 1975, que reconoce a los trabajadores públicos una propiedad sobre su empleo, en vista de la necesidad de dar estabilidad laboral.

La principal intención de este periodo, fue el liberar el despido de controles estatales, y de sancionar los comportamientos calificados como “subversivos”, muy propio de un gobierno en donde la idea del “Enemigo Interno”^{36y37} , era una de las piedras angulares de sus políticas de represión, que fueron ejecutadas incluso en el ámbito del trabajo. Es necesario indicar

³⁶ CORLAZZOLI, Juan Pablo. “Estructuración e ideología de los regímenes militares en América Latina, los casos de Brasil, Chile y Uruguay”, Tesis de Licencia en Sociología, U. Católica de Lovaina, 1978, pág. 113.

³⁷ ROJAS, María Eugenia; “La Represión Política en Chile, Los hechos”, Editorial Eipala, Santiago de Chile. [Libro virtual], [consultado el 24 de junio del 2015]. Disponible en <<html://<http://www.derechos.org/>>>, y también disponible en <<<http://www.derechos.org/nizkor/chile/libros/represion/index.html>>>

que muchos culparon a los trabajadores y a los grupos de presión relacionados con estos del ambiente de polarización que antecedió al Golpe Militar de 1973.³⁸ A partir de este momento se excluyó al Mundo Laboral y todo lo relacionado con estos, del quehacer legislativo, y se traspasó a manos de los ideólogos de la dictadura, desmembrándose los grupos intermedios entre los ciudadanos y el Estado, como los sindicatos y gremios de profesionales, calificando, muchas veces, sus propias acciones como subversivas, siendo perseguidas por todo el aparato represivo del régimen militar. Así lo podemos ver en la siguiente cita: *“Tras la destrucción de la Unidad Popular, el régimen autoritario paralizó al sindicalismo con un nuevo modelo económico. De vez en cuando, los programas de los Chicago Boys ayudaron a algunos trabajadores, por ejemplo, con la estabilización de los precios, pero casi siempre dañaron la capacidad sindical[...]”*.³⁹

Sin embargo, el cambio en la normativa no estuvo apartado de logros y avances, pues la norma que entra en vigencia el 1 de mayo de 1978; que pone fin a la normativa anterior, aporta instituciones que no eran del todo desconocidas en nuestra legislación y establece el principio de igualdad de los trabajadores.

El Decreto ley 2.200 viene a modificar lo que se conoce hasta la fecha, dejando sin efecto la Ley nº16.455 sobre estabilidad en el empleo, e instaurando de nuevo el libre desahucio, sin embargo, obliga a los empleadores

³⁸ DRAKE, Paul W; “El Movimiento Obrero en Chile: de la Unidad Popular a la Concertación” revista de Ciencia Política, Volumen XXIII, nº2/200, pág. 145.

³⁹ DRAKE, Paul W; “El Movimiento Obrero en Chile: de la Unidad Popular a la Concertación”; ídem, pág. 150.

a pagar una indemnización por años de servicios bajo ciertas causales específicas.

El art 1, inciso 1 de este decreto ley, estableció una amplia cobertura de aplicación de esta norma legal al disponer que “[...]las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores se regularan por la presente ley y por el Código del trabajo y su legislación complementaria.” Es así que se consagran una unificación de la normativa para empleados y obreros, a los que se les aplicará la misma normativa, sin discriminaciones ni exclusiones. Se insta, así un principio general de no discriminación.⁴⁰

A pesar del momento histórico en que se promulgó esta norma, cumple el principio de igualdad ante la ley, por lo menos entre los trabajadores del sector privado, pues, en el mismo artículo en sus incisos posteriores, se plantean límites a esta aplicación tan amplia de la normativa laboral, excluyendo a los funcionarios públicos, y a aquellos trabajadores que estuvieran sujetos a estatutos especiales, sin perjuicio de que se aplicará el decreto ley de manera supletoria.⁴¹

⁴⁰ Artículo 2, inciso segundo, del Decreto Ley 2.200.

⁴¹ Artículo 1°.- Las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores se regularán por la presente ley y por el Código del Trabajo y su legislación complementaria. Se excluye, sin embargo, de su aplicación al Fisco, a las municipalidades y a las empresas, entidades o instituciones cuyos funcionarios y trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial y a las personas cuyas actividades estén regidas por leyes especiales. Con todo, los trabajadores de las empresas estatales, de administración autónoma o independiente y aquellos a que se refiere el inciso anterior, se sujetarán a las normas de la presente ley en

En cuanto al derecho de la indemnización por años de servicio, esta se supedita en primer lugar, a que el trabajador hubiera prestado servicios por lo menos durante un año ante el mismo empleador, y que el desahucio se hubiese producido por la causal del artículo 13 letra F:

Artículo 13. [...]f) desahucio escrito de una de las partes, que deberá darse a la otra con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esa anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada.⁴²

El cómputo de dicha indemnización es la misma que hemos visto hasta la fecha, una remuneración mensual por año de servicios y fracción superior a seis meses prestados continuamente a un empleador, sin límite en el cómputo. En este punto, nos encontramos con el hecho que la indemnización se plantea como una forma de “encarecer” el despido, cumpliendo, nuevamente, una función de disuasión para el empleador, ante el despido voluntario de este. La indemnización por años de servicio, a partir del Decreto ley nº2.200 hace retornar esta institución al Derecho Laboral, excluyendo así el carácter previsional con el que se había perfilado hasta el momento. ¿Un retroceso en la legislación laboral?, Lo veremos más adelante.⁴³

El decreto ley excluía el derecho a indemnización a los trabajadores

los aspectos o materias que no estén regulados en las leyes de las respectivas empresas o actividades.

⁴² Decreto Ley 2.200, artículo 13 letra F

⁴³ CISTERNAS, Lamberto, “Nueva Legislación laboral: comentarios y textos”; Comercial Rerum, Santiago, año 1979, pág. 66.

que estuvieran en cargos de confianza del empleador, y también, excluía a los trabajadores de casa particular, dejando a estos últimos en la indefensión que no sería saneada sino hasta hace muy pocos años atrás.

4.1. Ley 18.018, publicada el 14 de agosto de 1981

En este periodo empiezan las modificaciones al Decreto Ley nº 2.200, afinando detalles, y en cuanto a la indemnización por años de servicio, nos encontramos que se mantiene lo visto desde el Decreto Ley, es decir, como una prestación laboral, pero también se introducen importantes diferencias, y esta es el proponer un límite a la misma, estableciendo que una vez desahuciado el trabajador, bajo las causales que dan derecho, el empleador debe pagar a este, al momento del “término del contrato”, lo equivalente a la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestado al mismo empleador, pero con un tope de 150 días de remuneración, siendo la primera vez que se establece un límite a este pago, y a su vez, también se establece una distinción entre los trabajadores que hubieran contratado con anticipación al 14 de agosto de 1981, fecha en que entra en vigencia la ley, puesto a estos, no se les establecía un límite de años en el beneficio, pero a los que hubieran contratado con posterioridad a esta fecha, si tenían esta limitación.

A su vez, se mantiene las incompatibilidades de esta indemnización con los pagos de otras indemnizaciones que tuvieran como motivo el mismo despido, a diferencia de la indemnización por aviso previo, que se hace expresamente compatible con este pago.

También se fija la posibilidad de pagar anticipadamente la

indemnización por años de servicio, por petición del trabajador y siendo aceptada por el trabajador, sin embargo, este pago sólo parecería ser un retiro anticipado de estos fondos, y solo eran una fracción de los mismos, porque podían equivaler solo a quince días de la remuneración mensual devengada en la época en que se efectúe, y debía ser sólo pagada una vez por año. Estas sumas de dinero no daban derecho al empleador a ser restituidos por estos pagos, si el empleador era despedido por causales que no daban derecho a esta indemnización, pero si eran descontados al término de la relación laboral, cuando el trabajador tenía derecho a la Indemnización por años de servicio.⁴⁴

Un elemento importante en este punto está dado en que se da mayor valor a la voluntad de las partes, y estas pueden fijar cualquier monto a la indemnización, ya sea convencional o colectiva, y en silencio de las partes, se aplica el monto que ya hemos señalado. Claramente esto se prestaba para abusos de los empleadores, pues, esta “negociación” partía desde la desigualdad de las partes, en donde el trabajador siempre se encontraba en una posición de mayor vulneración. Este problema sería modificado con posterioridad en la Ley nº18.372, publicada el 17 de Diciembre de 1984, en donde se establece que el monto establecido por la ley, de una remuneración devengada por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses, con un límite de 150 días, era el pago mínimo de esta remuneración, y las indemnizaciones colectivas o convencionales pactadas debían ser pagadas sólo cuando eran superior a este monto.

⁴⁴ Artículo 17 del Decreto Ley nº 2.200, posterior artículo 160 de la ley nº 18.620 que crea el Código del Trabajo

Estas normativas dispersas fueron articuladas posteriormente en la ley nº18.620, publicada el 6 de julio de 1987, que sería el nuevo Código del Trabajo.

Salta a la vista, que hasta este punto en la legislación nacional, la indemnización por años de servicio abandona por completo cualquier calidad de una prestación de Seguridad Social, y se vuelve, como ya indicamos, una prestación laboral, existiendo texto expreso que hace incompatible cualquier otra indemnización por el mismo concepto del despido y los años de servicio a un mismo empleador. También podemos ver, que al no haber un descuento en las remuneraciones de los trabajadores, que hasta el año 1978 se efectuaba, deja en manos del empleador el pago de la indemnización por años de servicio a la hora de terminar la relación laboral.

Es por esto, que, en esta legislación, a partir del año 1978, vemos instaurado de nuevo el desahucio como causal general de despido y que da lugar a este pago, dejando a las demás causales, ya sea por culpa del trabajador o aquellas de carácter objetivo, como el caso fortuito, exentas de esta indemnización, transformándose de esta forma en un verdadero costo adicional para efectuar el despido de un trabajador. Como vemos, la naturaleza jurídica de la Indemnización por años de Servicio, dentro de la legislación de la Dictadura, pierde mayor claridad, pues, podríamos considerarla como un premio a la antigüedad, pero en este caso, no hay sentido para fijarle un límite por el tiempo en que dura el contrato laboral; también podríamos hablar de una manera de resarcir los daños, o como pena para el empleador por terminar el

contrato de trabajo de forma unilateral. La primera opción parece acercarse más, pues, al establecer como causal general el desahucio, si podríamos hablar de un resarcimiento de los daños; mientras que si consideramos la segunda opción, estaríamos definiendo el despido como un acto injusto e ilícito, y en tal sentido, que genera perjuicios. Sin embargo, lo que precisamente se quiso priorizar en esta legislación, es el derecho del empleador, a disponer de su propiedad y del devenir de esta, siendo su propiedad la empresa.

5. Ley 19.010, Publicada el 29 de noviembre de 1990.

Con la vuelta de la democracia al país, trajo consigo también distintas modificaciones a las leyes, aunque se mantuvieran las normas y los sistemas instaurados en dictadura en su gran mayoría. Lo mismo sucedería con la indemnización por años de servicio.

La ley nº19.010, que deroga el título V del libro I del Código del Trabajo; mantiene que la indemnización debe ser pagada por el empleador cuando existe una razón surgida desde la voluntad del empleador, pero se reemplaza el desahucio general que existía en la normativa anterior, retornándose a la causal de “necesidades de la empresa” que daba derecho a la indemnización por años de servicios; cabe recordar que a partir del decreto ley 2.200, esta razón era tratada como una causal de caducidad del contrato de trabajo que no daba derecho a la indemnización al término de la relación laboral, siendo derogada simplemente en la ley 18.373 de 1984. El desahucio se restringió a ciertos casos muy específicos, como los trabajadores que gozaban de cargos de confianza y tenían poder de administración y representación del empleador, y de los trabajadores de casa particular. En este

último caso, se les restringe la posibilidad de tener indemnización por años de servicios, y adoptándose un sistema de seguro, bajo descuento de las remuneraciones de este tipo de trabajadores. En cambio, la primera categoría de trabajadores, tenían derecho a indemnización a pesar de que su despido podía ser por mero desahucio.

La gran modificación, sin embargo, vino de la mano en cuanto al tiempo que debe ser considerado para pagar dicha indemnización, aumentándose desde los 150 días a un tope de 330 días, los actuales 11 años, aunque se fija otro límite, relacionado con el monto máximo, el cual está relacionado con el monto máximo de la remuneración que sería considerada como base de cálculo, la que no podía superar las 90 unidades de fomento.

Esta ley, como podemos ver, marca el marco regulatorio de la actual institución de la indemnización por años de servicio, y que nos rige hasta el día de hoy, y que no ha sido modificada a grandes rasgos, aunque la jurisprudencia ha aportado mucho a la hora de dilucidar y marcar los límites de las causales de despido, que a pesar de estar fijadas por ley, son bastante genéricas, detectando cuándo las demás causales son invocadas con el fin de evitar que un trabajador tenga el derecho al pago de la indemnización por años de servicio al término de su relación laboral. También, esta ley introduce el auto despido, que también da derecho a la indemnización.

6. La Indemnización por años de Servicio al día de hoy.

Desde la ley 19.010 que viene a modificar el Código del Trabajo de 1984, hasta la actualidad la Indemnización por Años de Servicio no ha tenido

grandes cambios, se ha mantenido como una prestación laboral, que surge al término de un contrato laboral indefinido, y cuando el trabajador ha mantenido la relación laboral por más de un año. A su vez, también se han mantenido las causales de despido, siendo aquellas que la doctrina llama objetivas, es decir, cuando el empleador, por causales que sean en razón del uso de su derecho de administración de la empresa, despide a un trabajador, debiendo justificar este despido - principio regente luego de la ley de 1990 – debe pagar esta indemnización por años de servicio.

Es por esto que ahora analizaremos, desde un punto de vista formal, las características de la Indemnización, cuando se da derecho al día de hoy a este pago, y que causales parecen justificarla, con el fin de lograr determinar su naturaleza jurídica, y claramente, identificar cuál es su función en nuestra legislación.

6.1 Indemnización por años de servicios por antigüedad Artículo 163.

Del Artículo 163 del Código del Trabajo podemos identificar tres requisitos copulativos que dan derecho a un trabajador a recibir este pago.

- Terminación del contrato por necesidades de la empresa o desahucio del contrato de trabajo por parte del empleador
- Contrato de trabajo vigente por un año como mínimo
- Que las Partes no hubieran pactado individual o colectivamente una indemnización por años de servicio, o de haberlo hecho, esta sea inferior a 30 días de la última remuneración devengada por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses.

Una vez que se cumplen todos estos requisitos, el trabajador tiene el derecho a percibir 30 días de remuneración por cada año de servicio, más otros 30 días de trabajo si se trabajó una fracción de año de 6 meses más un día, con un tope de 330 días de remuneración.

En el caso de los trabajadores a tiempo parcial, es decir, de aquellos que no superen las 30 horas semanales, el Código del Trabajo establece una norma especial en cuanto a la forma de cálculo. Es el artículo 40 bis letra D que establece que se entenderá como última remuneración para efectos del cálculo de las indemnizaciones *“[...] el promedio de las remuneraciones percibidas por el trabajador durante la vigencia de su contrato o de los últimos 11 años del mismo. Para esto, cada una de las remuneraciones que abarque el período de cálculo deberá ser reajustada por la variación del IPC, entre el mes anterior al pago de la remuneración respectiva y el mes anterior al término del contrato.”*⁴⁵

Por último el artículo aplica el principio de pro operario, en virtud que si el resultado de la indemnización es inferior que el monto que resultare de aplicarse el artículo 163, entonces regirá el monto de mayor valor.

Cabe señalar que se realizó una modificación de este artículo por la ley 20.684, que establece plazo para el otorgamiento del finiquito del contrato de trabajo, de fecha 23 de agosto de 2013, la cual modifica la expresión del

⁴⁵ Inspección del Trabajo, Ordenanza. N° 339/27, Enero de 2002, [en línea] Portal de la Inspección del trabajo. Disponible en < <http://www.dt.gob.cl/> > y también en ><http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/simple-article-63196.htm>> [consultado el 01 de agosto del 2015.]

artículo 163 “al momento de la terminación” y el artículo 177 del mismo código, en donde se agrega que "El finiquito deberá ser otorgado por el empleador y puesto su pago a disposición del trabajador dentro de diez días hábiles, contados desde la Separación del trabajador. Las partes podrán pactar el pago en cuotas de conformidad con los artículos 63 bis y 169." Así se elimina un vacío legal, estableciéndose que la Indemnización por Años de Servicio no debe pagarse al momento de la terminación, sino que en un plazo de 10 días hábiles para poner el pago a disposición del trabajador.

Para la Dirección del Trabajo, el año de vigencia se entiende desde que se completa el mismo día del mes calendario del año siguiente. Por ejemplo *“[...]si un trabajador ha sido contratado el 1° de abril del año 2003 y se le pone término a su contrato el 31 de marzo de 2004, no tendría derecho a la indemnización por años de servicios por cuanto el contrato no habría completado un año de vigencia”*.⁴⁶

6.2. Contenido de la última remuneración. Artículo 172.

En cuanto a que comprende la última remuneración mensual para efectos del pago de la indemnizaciones, está regido en el artículo 172 del código del trabajo, que señala que será toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el

⁴⁶ Así lo informa la propia Dirección del Trabajo, colocando este ejemplo como manera de explicar la forma de contabilizar un año trabajado a un mismo empleador, [en línea] Centro Virtual de consultas laborales. Disponible en <<http://www.dt.gob.cl/>> y también en <<http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60590.html>> [Consultado: 18 de marzo de 2015]

contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies valuadas en dinero, con un tope de 90 UF mensual.

Además de las reglas del artículo 172 inciso 1°, deben incluirse:

- Sueldo base mensual
- Regalías o especies, tales como casa habitación, combustibles, luz, alimentos u otras prestaciones que concede el empleador por los servicios del trabajador que estuvieren estipulados o que puedan ser valuados en dinero.
- Asignaciones especiales imponibles pagadas mensualmente y convenidas con el trabajador en razón de sus aptitudes intelectuales o profesionales o del lugar en que debe efectuarse el trabajador, tales como asignación de título, asignación de responsabilidad, asignación de zona, asignación de fiscalización, asignación docente, etc.
- Comisiones por las ventas del empleador efectuadas con la colaboración del trabajador. Tener presente que si la remuneración es variable, el cálculo debe efectuarse sobre la base de promedio mensual percibido por el trabajador en los últimos 3 meses (artículo 172, inciso segundo).
- Cotizaciones previsionales de cargo del trabajador (aquellas que son a cargo del empleador pueden descontarse para estos efectos).
- Asignaciones no imponibles de movilización y colación pagadas mensualmente por el empleador al trabajador, aunque este ítem es muy debatido.
- Gratificación legal.

A pesar de lo claro que parece ser este listado, lo que se considera como remuneración es un tema controvertido, que se ha solucionado tanto a nivel jurisprudencial, como por los dictámenes administrativos de los organismos llamados a proteger las relaciones laborales, es así, que la Dirección del Trabajo en diferentes dictámenes estima, en relación a las remuneraciones que: *“para resolver la procedencia de incluir en la base de cálculo de los beneficios indemnizatorio de que se trata una determinada regalía o prestación en especie, sólo cabe atender a si la misma es avaluable en dinero, sin que sea necesario, por ende, que las partes le hayan fijado un valor, sea en el contrato o en un acto posterior”*⁴⁷. A su vez, otro dictamen expresa que el concepto de última remuneración mensual que utiliza el legislador reviste un contenido y naturaleza eminentemente fáctica o pragmática, aludiendo a *“toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador”*.⁴⁸

La jurisprudencia, por otra parte, ha tenido una evolución. Empezando en el año 2010, en un recurso de unificación de jurisprudencia, señala que la asignación de colación y movilización no deben ser incluidos dentro de la última remuneración mensual, para efectos de determinar la base de cálculo de las indemnizaciones por término de contrato.⁴⁹ Sus argumentos se pueden

⁴⁷ Dictamen de la Dirección del Trabajo “Indemnización legal por años de servicio Base cálculo Colación y movilización”. 6305/418 de fecha 21 de diciembre del 1998.

⁴⁸ Dictamen de la Dirección del Trabajo “Indemnización legal por años de servicio Base de cálculo Colación. Indemnización sustitutiva Base de cálculo Colación. 5159/298, de fecha 11 de octubre del 1999.

⁴⁹ CORTE SUPREMA, Rol N° 7362-2010, autos " Zúñiga Núñez con Transportes Aéreos del

sintetizar en los siguientes:

- El Artículo 41 define que es remuneración y el inciso segundo que no lo es, y la colación y movilización no lo son.
- La conclusión debe ser concordante con las reglas de interpretación legal del artículo 22 del código civil (interpretación lógica), por lo que el artículo 171 y 41 del código del trabajo deben interpretarse de forma conjunta, por lo que si no se hiciera, se llega a la incoherencia que no tengan el carácter de remuneración durante el contrato de trabajo, pero si al momento de la terminación laboral.

Sin embargo, la Corte Suprema en estos últimos años cambió su criterio, estando de acuerdo con la dirección del trabajo, y sus argumentos los podemos conocer en dos recursos de unificación de jurisprudencia. El primero de ellos fue en una sentencia de fecha 7 de enero de 2014, en causa rol 7.104-2013, en donde su criterio se basa en la prevalencia de las normas de especialidad por sobre las generales contenidos en el artículo 13 del código civil, señalando que *“que de la comparación del concepto de remuneración contenido en el artículo 41 con el señalado en el artículo 172, ambos del Código en referencia, es posible desprender a lo menos una relación de género a especie, de modo que la interpretación del artículo 172 debe armonizarse con las restantes disposiciones contenidas en el Título V relativo a la terminación de la convención laboral y no con las generales del Título I”*⁵⁰

Mercosur S.A.; de 30 de noviembre de 2010.

⁵⁰ CORTE SUPREMA, Rol N° 7.104-2013, autos "Fernando Pizarro Silva con Colegio San

La segunda sentencia es de este año, 25 de marzo de 2015 en causa que rechaza unificación de jurisprudencia, rol 21.641-2014, en donde se sigue estrictamente la definición de la norma establecida en el artículo 172, señalando que para contenerlas dentro del concepto de remuneración, basta que estas sean permanentes. La Corte señala en su considerando quinto que *“para que el beneficio o asignación sea incluido en el concepto de última remuneración mensual, es menester que tenga el carácter de permanente, razón por la que las asignaciones de colación y movilización, que aparecen pagadas mensualmente, tienen la calidad que exige la disposición especial que rige la materia y, por lo mismo, deben ser consideradas en la base de cálculo de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios que se otorgan al trabajador con motivo de su separación de la fuente laboral, sin que constituya obstáculo que tales rubros no queden comprendidos en el concepto de remuneración dado en el artículo 41 del estatuto laboral, norma que tiene el carácter de general, ya que para resolver la cuestión controvertida debe estarse a la específica aplicable al caso.”*⁵¹

6.3. Nuevo artículo 163 bis.

Este artículo fue introducido por la ley 20.720 de fecha 9 de enero del 2014 y que comenzará a regir el 10 de octubre de 2014, salvo algunas disposiciones no atingentes a este trabajo.

Esta ley sustituye el régimen concursal vigente por una ley de

Bartolomé de Nos S.A.” de 7 de enero de 2014.

⁵¹ CORTE SUPREMA, Rol N° 21.641-2014, autos "Rojas con Consorcio Comsa Pilasi S.A." de 25 de marzo de 2015.

reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo.

En su artículo 350, se hacen modificaciones al código del trabajo, las más atinentes con nuestro tema son:

- Intercala el artículo 163 bis que establece una nueva causal de término del contrato de trabajo: Cuando el empleador fuere sometido a un procedimiento concursal de liquidación, y establece las normas a seguir para el finiquito y pago de las indemnizaciones a los trabajadores. Luego establece el procedimiento de la Indemnización por Años de Servicio en este caso.
- El liquidador deberá pagarle al trabajador la indemnización sustitutiva del aviso previo, equivalente al promedio de las últimas 3 remuneraciones mensuales devengadas. Si no existen 3 remuneraciones, entonces será el promedio de las últimas 2, sino solo de la última.

Si el contrato de trabajo estuviere vigente un año o más, el liquidador, representando al deudor (empleador), deberá pagar una Indemnización por Años de Servicio equivalente a la que el empleador debería pagarle en los casos del término del contrato de trabajo por alguna de las causales del 161. El monto se determina en los mismos términos del artículo 163 y es compatible con la indemnización del inciso anterior (aviso previo).

Este artículo viene a resolver de forma definitiva una gran problemática respecto a la Indemnización por años de servicio, ya que hasta antes de 2009 “[...]existía la práctica de asimilar la quiebra a un caso fortuito, invocando así esta circunstancia como motivo de despido, sin obligación de

pago de indemnizaciones por término de contrato a favor del trabajador.”⁵²

CAPITULO IV:

Naturaleza Jurídica de las Indemnización por Años de Servicio.

1. Naturaleza jurídica de la Indemnización por años de Servicio, ¿derecho o mera expectativa?

Cómo ya se ha logrado deducir luego de la breve comparación entre la indemnización de perjuicios en materia civil y la indemnización por años de servicio que se realizó en el primer capítulo de esta tesis; no es posible asimilar esta última a la institución civil, y así mismo lo ha considerado la doctrina nacional, al intentar explicar las características y fundamentos de la indemnización por años de servicio. Para tales efectos se han planteado una serie de teorías que buscan explicar las características y naturaleza jurídica de esta indemnización, sin embargo, ya hemos visto lo difícil de esto, pues, a lo

⁵² Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que Establece a la Quiebra como causal de Término del contrato de Trabajo y modifica diversos cuerpos legales, de agosto 02 del año 2012

largo de la historia, la misma institución ha sido modificada tantas veces, que muchas veces parecía obedecer a principios muy distintos.

Sin embargo, en la discusión de la indemnización por años de servicio no sólo se puede considerar las distintas teorías sobre la naturaleza de la misma, sino también su finalidad, que sin lugar a dudas despierta un tópico de discusión a la hora de determinar la eficiencia de esta institución en la actual realidad chilena, en especial después de tantas modificaciones que no responden sino al mismo dinamismo del Derecho, sujeto a las circunstancias políticas, sociales y económicas de una sociedad determinada.

2. Distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de la Indemnización por años de servicio.

Haciendo una introducción sobre el tema, es necesario recalcar que es un problema sumamente complicado y que no está completamente resuelto. Para poder conseguir una respuesta, debe verse cada legislación en especial y su evolución. En Chile el Derecho Laboral empezó dentro del marco del Derecho Civil, y de esta forma muchas de las teorías expresadas en las siguientes páginas tienen poco o nada de consideraciones sociales, enfocadas únicamente en teorías civilistas como la de responsabilidad por culpa, tratando las instituciones laborales de la misma forma como se trataría a las de Derecho Civil privado. Sin embargo, estas teorías, conforme pasaban los años, fallaban radicalmente en virtud de que el Derecho Laboral adquiría mayor relevancia, creando instituciones propias, como la indemnización por años de servicio

Por último, la indemnización por años de servicio es una institución que sigue evolucionando dentro del conjunto de indemnizaciones laborales:

claro ejemplo son las indemnizaciones a todo evento que están empezando a hacer obligatoria la indemnización por años de servicio en algunos casos, como son en el caso de las trabajadoras de casas particular.

2.1 Indemnización como resarcimiento del daño causado.

Esta teoría sanciona el despido considerando los perjuicios inherentes al término de la relación laboral, que dejan al trabajador en la angustia de perder la expectativa de las remuneraciones a futuro y en la incertidumbre de conseguir un nuevo puesto de trabajo, o encontrar una nueva fuente de ingresos; deben ser indemnizados por el empleador, considerando las normas generales del Derecho Civil, al existir una resolución del término de contrato de forma unilateral, así como razones político-sociales y de previsión.⁵³

Entiende el concepto de indemnización en el sentido natural de la palabra, aplicando las reglas generales del derecho privado.

Esta doctrina resultó tener amplia cabida en aquellas legislaciones que anuncian expresamente, o admiten implícitamente el derecho a la estabilidad laboral más o menos efectiva, y de ahí que un despido, más cuando es injustificado o injusto, genere perjuicios que el empleador debe enmendar.

Llevando la teoría de la inamovilidad a su máxima expresión, el trabajador tiene un derecho real sobre su puesto de trabajo, en virtud a que solo un juez, acreditando las causas legales, podría autorizar su despido, y de este punto de vista, la indemnización por años de servicio no sería sino el monto de dinero que se le deben dar a una persona expropiada de su derecho real de

⁵³ PÉREZ Botija, Citado por THAYER ARTEAGA, Willam, NOVOA FUENZALIDA, Patricio. "Manual de Derecho del Trabajo", ob.cit., pág. 454.

propiedad.

Sin embargo, como ya hemos visto, nuestra legislación no admite, en los hechos, una estabilidad laboral, y que incluso, se puede hablar de la existencia de un sistema de libre despido atenuado, y que por tanto, el trabajador no tiene derechos adquiridos sobre su puesto de trabajo.

Por otro lado, las reglas generales del Derecho Civil, sobre la indemnización, no son consideradas en esta teoría, por lo menos en la legislación chilena, dado que es la misma ley la que establece el monto a pagar y como será determinado, el cual correspondería sólo a su antigüedad en la empresa, puesto que el monto se determina según la remuneración del trabajador, por cada año trabajado, dejando de lado, el daño emergente, que puede significar un despido, así como, el daño moral.

Cabe señalar, que si se siguieran las reglas generales del derecho privado, en razón a la indemnización, no tendría derecho a esta un trabajador que encuentra trabajo inmediatamente luego de ser despedido o consigue un puesto de trabajo mayor, puesto que, según esta teoría, la indemnización por años de servicio, busca resarcir el daño que produce un periodo de cesantía, pero si este es mínimo, y no genera grandes perjuicios que pueden ser soportados por el trabajador, ya no habría justificación para el pago de la Indemnización.

Es necesario señalar que esta teoría nació en Francia, y sus tratadistas tuvieron serios problemas al ver esta teoría sólo desde el punto de vista civilista de la responsabilidad subjetiva por culpa o dolo, la cual se hacía

sumamente estrecha para explicar la naturaleza de esta indemnización, debido a que el empleador, al despedir a alguien, está realizando un hecho lícito que permite el legislador, y si este es sin abuso, se caería en un contrasentido: no puede haber un hecho lícito e ilícito al mismo tiempo. Claramente la indemnización por años de servicio está relacionada a la responsabilidad objetiva, pues no requiere culpa o dolo, sino que cumplir con los requisitos establecidos por el legislador en cada caso para cumplir sus efectos.

2.2 Indemnización como crédito.

Es un enfoque distinto de la teoría del daño, según esta teoría, *“es el empleado, colaborando con la industria y el comercio, el que adquiere un derecho de crédito sobre el establecimiento que él ayuda a formar y a engrandecer. Agrega que este crédito está “en proporción con el tiempo de servicio prestado, el cual, en caso de despido injustificado, representaría el resarcimiento de la pérdida de un derecho adquirido”*⁵⁴.

Siguiendo esta cita, se concluye que la indemnización, compensa la pérdida de una expectativa del trabajador de permanecer en el empleo, y que esa pérdida por sí misma constituye un valor indemnizable, evaluado por la propia ley.

2.3 Indemnización como salario diferido o retribución complementaria diferida.

De acuerdo con esta teoría, la indemnización por años de servicio obedece a una retención progresiva de las remuneraciones del trabajador, y que son

⁵⁴PARADA ARRIAGADA, Alejandro; RAMOS AVENDAÑO, Dagoberto, “La indemnización por años de servicio, Evolución Histórica”. Tesis de Pregrado, 1995, pág. 43.

pagadas de manera íntegra y global, al término de la relación laboral, como si fuese una prestación complementaria de la remuneración, en donde el pago del salario significa una retribución de los servicios prestados, en razón del contrato sinalagmático por excelencia que es el contrato laboral, y que, el pago de esta indemnización, es solo una porción de esta remuneraciones que son pagadas en un momento posterior.

Sin embargo, el argumento de base de esta tesis, que es el pago del salario diferido, acarrea una serie de problemas por las repercusiones jurídicas que tendría la indemnización por años de servicio, si fuese considerado como parte de la remuneración.

Por un lado tendríamos la problemática de que, si consideramos esta indemnización como una porción de la remuneración, esta debería pertenecerse irrestrictamente al trabajador, en razón de la propiedad que existe sobre su remuneración, incluso sobre esta porción que es retenida para ser pagada posteriormente, y que por lo mismo, debería ser pagada incluso si existe renuncia del trabajador, o si este es despedido por las causales subjetivas de término de contrato de trabajo.

Algunos autores, ante este argumento en contra, han expuesto que se trata de un derecho o beneficio sujeto a condición suspensiva, es decir, sólo será pagada si el contrato de trabajo es terminado por las causales ya explicadas, y no por renuncia o culpa del trabajador.⁵⁵

Sin embargo, incluso si se considera la indemnización por años de servicio un derecho o beneficio condicionado a ciertos hechos, esto generaría

⁵⁵ Varios autores; "Enciclopedia Jurídica Omega". T XV, Buenos Aires, 1986, pág. 474.

consecuencias en donde la indemnización por años de servicio, se vuelve perniciosa, tales como:

- El empleador se beneficiaría de esta parte de la remuneración del trabajador, por un largo periodo de tiempo, y que estaría, su pago, sujeto a una condición determinada. Como veremos más adelante, sólo un pequeño porcentaje de la masa laboral actual, recibe indemnización por años de servicio, al término del contrato, por tanto, los trabajadores estarían “regalando”; parte de su remuneración para el mismo lucro de la empresa, sin recibir un beneficio real de la remuneración cedida al empleador.
- Si la indemnización por años de servicio es un complemento del salario, no habría razón para que el legislador le pusiera un límite de tiempo ni monto máximo para ser pagada, puesto que lo lógico es que se acumule por todo el tiempo trabajado por el trabajador.
- La remuneración de un trabajador puede variar a lo largo de su estadía en un puesto de trabajo, por lo mismo, debiera ser una retención mes a mes de cada remuneración, y no la consideración de las tres últimas remuneraciones para fijar el monto de la indemnización por años de servicio.
- Por último, y como ya se expresó, al ser parte de la remuneración, habría una propiedad sobre la misma, y esta debería ser pagada ante todo evento al término de un contrato de trabajo, sin embargo, la norma no estima esto como regla general, sino solo en el caso de las empleadas particulares y la indemnización convencional a todo evento. Por otro lado, e incluso entendiendo la preclusión del derecho ante un despido por culpa del trabajador, no habría razón lógica para negar el pago de la indemnización

por años de servicio a un trabajador que renunciara voluntariamente. Incluso el hecho de perder el derecho tendría una connotación negativa, puesto que sería una sanción al trabajador que decide cambiar de empleador.

2.4 Indemnización como premio a la permanencia y fidelidad.

Esta tesis es propia de las concesiones antiguas sobre la relación laboral paternalista, como una relación que va más allá de la prestación de servicios y el pago de remuneraciones, sino de la que emergen derechos de fidelidad por parte del trabajador y de protección por parte del empleador.

El tratadista italiano Ludovico Barassi, principal defensor de esta tesis, considera que puede verse en esta indemnización “[...]una especie de premio para la vehemencia genérica que un trabajador pudo adquirir con su permanencia no interrumpida en una misma empresa.

Por tanto, esta indemnización se podría conceptuar como un premio especiales por la colaboración, la laboriosidad o antigüedad.”⁵⁶

Dejando de lado las consideraciones doctrinarias sobre la relación laboral, la mera idea de la indemnización por años de servicio como un “premio” escapa de la concepción que se tiene en nuestra legislación, puesto que sólo podría ser admitida si fuese efectivamente entregada como un premio, a razón de las funciones del trabajador y no por el mero paso del tiempo como es en nuestra legislación.

Por otro lado, concebir la indemnización por años de servicio como un

⁵⁶ BARASSI, Ludovico, citado por DEVEALI L. Mario., “Lineamientos de Derecho del Trabajo”. Buenos Aires, 1948, pág. 233.

premio implica entenderla como una suerte de dádiva del patrón a su obrero, cuya procedencia no sólo depende de la antigüedad de este, sino que de la mera liberalidad de aquel quien la otorga. Esto escapa de la lógica del derecho del trabajo, sin contar que al ser un premio, sería simplemente una expectativa y por tanto, no podría tener protección alguna por parte del marco jurídico, debido a que, una vez que se cumplan las condiciones, no podría obligarse al empleador a su pago.

2.5 Indemnización como mayor valor en la empresa.

El trabajo de los dependientes no sólo debería ser compensado por la remuneración, sino por una indemnización que cubra el desgaste intelectual y físico que tuvo el trabajador en el desempeño de su trabajo, y que generó, por tanto, un aumento en las utilidades y el progreso de la misma empresa. Así es como se puede explicar de manera muy sucinta esta teoría, que recoge el concepto marxista del plusvalor; este valor agregado que el trabajador entrega al empleador y que debería ser compensado.⁵⁷

Esta teoría tiene dos grandes críticas, la primera va en el sentido que la empresa no siempre aumenta su valor sino que también puede tener pérdidas, además las utilidades de esta son parte de las facultades exclusivas del empleador, en cuanto a la administración de la empresa; por otro lado, dos trabajadores, con igual tiempo trabajando para un mismo empleador, tendrían derecho al mismo pago, a pesar de que uno de ellos se hubiera perfeccionado. Por otro lado, en nuestra legislación, existen las gratificaciones, que responden

⁵⁷ THAYER ARTEAGA, Willam, NOVOA FUENZALIDA, Patricio. "Manual de Derecho del Trabajo", pág. 474

a este mayor valor, y que es un derecho aparte de la indemnización por años de servicio.

2.6 Indemnización como daño de antigüedad.

Esta teoría considera que la antigüedad de un trabajador en su puesto de trabajo reviste un derecho, relacionado directamente con la capacidad de percibir los beneficios que esta antigüedad produce, sin embargo, cuando es terminada la relación laboral, esta antigüedad no puede ser exigida antes otros empleadores, y en tal sentido, el empleador debe compensar esta pérdida de derecho a la antigüedad, que produce beneficios, por parte de los trabajadores.⁵⁸

Lo complicado de esta teoría es determinar cuáles serían los derechos que el trabajador deja de percibir, pues, incluso, muchos de estos, ni siquiera son derechos, sino, meras expectativas, y su cuantificación debe ser determinable; por lo demás, si hablamos de un daño, este daño debe ser cierto para ser indemnizado, por tanto, las meras expectativas no pueden ser considerados como ciertos ni cuantificables.

2.7 Indemnización como una pena impuesta al patrón.

La indemnización por años de servicio respondería a una pena que se le impone al empleador por infringir el contenido jurídico ético del contrato de trabajo, al terminar la relación laboral, al no acatar la permanencia laboral de sus dependientes.

Esta teoría parte de la base de que el despido reviste un injusto, y por tanto, esta teoría explicaría las indemnizaciones en forma de sanciones

⁵⁸ DEVEALI L. Mario., "Lineamientos de Derecho del Trabajo". pág. 186.

que prevé nuestra legislación cuando el despido es arbitrario, injusto e ilegal, sin embargo, no aplicaría a la indemnización por años de servicio, al no responder a un injusto. El despido, a perse, no produce perjuicios indemnizables, en el sentido civil, ni constituyen un injusto en sí mismo.⁵⁹

3. ¿Las Indemnización por años de Servicio como medida de Seguridad Social?

Parte de la doctrina laboralista estima que la indemnización por años de servicio posee una clara función asistencial, dado que vendrían a aliviar la angustia moral y el desmedro patrimonial que genera la cesantía, pareciéndose así, a las prestaciones de seguridad social, aunque a diferencia del seguro cesantía chileno, que será visto más adelante, las indemnización por años de servicio tendrían causales más restrictivas que el seguro.

Sin embargo, resulta evidente que la fuente legal de la indemnización por años de servicio y del mismo sistema de seguro de cesantía son distintos, puesto que, mientras las prestaciones de seguridad social, como el seguro de cesantía, buscan atenuar el desmedro económico que se genera con el despido, las indemnización por años de servicio tienen como razón ser un desmotivador al despido, siendo una de las medidas que el legislador toma para mantener la estabilidad laboral, que con el pasar del tiempo, se ha ido perdiendo por una falta de unificación en las normas laborales, puesto que se mantienen normas que buscan conservar el principio de estabilidad laboral, y mientras tanto, otras normas permiten precisamente el libre despido, como la

⁵⁹ THAYER ARTEAGA, Willam, NOVOA FUENZALIDA, Patricio. "Manual de Derecho del Trabajo". pág. 453.

convivencia de los distintos contratos de trabajo, o la subcontratación.⁶⁰

Es precisamente esta diferencia en los fines perseguidos por ambas normas, que motivan a pensar que la indemnización por años de servicio no son parte del sistema de seguridad social, y que por tanto, los llamados a modificar la indemnización por años de servicio, incluso del extranjero, carecerían de razón, dado que no busca la protección del trabajador durante la cesantía, sino que buscaría desincentivar el despido.

Sin embargo, la indemnización por años de servicio produce una serie de externalidades, además de su escasa cobertura, que merece ser analizado, y no considerarlo como un derecho que no puede ser modificado. Es necesario realizar una mayor sistematización de las normas laborales con el fin de hacer un sistema más coherente y que refleje los principios laborales de forma que consigan la mayor protección del trabajador, parte más vulnerable en la relación laboral, pero sin que signifique sacrificar el dinamismo necesario en toda economía pujante como es la chilena.

4. **¿Derecho o Mera expectativa?**

La indemnización por años de servicio se ha entendido como un derecho, y por eso mismo despierta la defensa de mucha gente, en especial ante la posibilidad de ser modificada o, suprimida completamente.

⁶⁰ ROJAS MINO, Irene. "La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [En línea]. 2013, n.41, pp. 107-143. Disponible en: <http://www.scielo.cl/> y también en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200004&lng=es&nrm=iso.ISSN0718-6851.<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000200004>.> [consultado el 1 de Noviembre del 2014]

Desde un punto de vista completamente jurídico, la institución de la indemnización por años de servicio (al menos la general, constituida en el artículo 163) no responde a las características de un derecho, sino que más bien tiene la apariencia de una mera expectativa que goza de la protección del Legislador.

Un porcentaje pequeño de los trabajadores efectivamente tienen derecho a la indemnización por años de servicio, una vez que se produce el término de la relación laboral, debido a que sólo los trabajadores que estén sujetos a un contrato indefinido, tienen la posibilidad de acceder a la indemnización, y además deben ser despedidos por las causales que dan derecho a la misma, esto es, necesidades de la empresa o desahucio. Cualquier otra causal, caduca cualquier posibilidad de tener el pago de esta indemnización.

Una interesante sentencia de la Corte Suprema en su considerando octavo ratifica esta teoría: *“Octavo: Que el precepto antes citado conduce necesariamente a concluir que no se reconoció al personal sujeto a esa normativa el derecho a recibir indemnizaciones por años de servicios al término de su desempeño en la administración municipal, sino que ella estuvo referida sólo a la posibilidad eventual de obtener este beneficio, en esa oportunidad y siempre que la causal de expiración de funciones se produjera por algunas de las indicadas en el entonces artículo 52 de la ley N19.070, similar a las enunciadas en el artículo 3 de la ley N19.010 y actual artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa. En consecuencia, no se trata*

de un derecho adquirido por los profesionales de la educación, sino sólo constituye una mera expectativa, pues dependerá, como se ha señalado, de la causal en virtud de la cual se producirá el cese de los servicios.”⁶¹

Otro enfoque es ver a la indemnización por años de servicio como un derecho suspensivo, donde si bien el vínculo jurídico existe, lo que doctrinariamente se llama “germen de derecho”, el derecho solo nace (se hace válido y exigible) una vez que se constata el cumplimiento de las condiciones ante las cuales estaba sujeto su nacimiento. En este sentido, prescribe el artículo 1479 del Código Civil que. *“La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.”*

No obstante como ya se ha mencionado, no es posible aplicar y entender el derecho laboral a partir de las normas del Derecho Civil, toda vez que ambos obedecen a principios distintos y buscan objetivos distintos.

Esta discusión no es baladí, toda vez que determinar si la indemnización por años de servicio es un derecho o una expectativa, determina la posibilidad de ser modificada o suprimida. Si la consideramos un derecho, este podría considerarse un derecho adquirido por el trabajador y por tanto, inalterable por leyes o convenciones posteriores a la creación del derecho, e irrenunciable por nuestro artículo 4^{to} de nuestro Código del Trabajo.

⁶¹ CORTE SUPREMA, Cuarta Sala. Sentencia recurso de Unificación de jurisprudencia, caratulado “LORCA LORCA NELDA Y OTROS con ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE ARAUCO”

rol 5062-2010, de fecha 30 de septiembre de 2010.

Los hermanos Mazeaud encuentran justificada la diferenciación hecha por la doctrina clásica entre derecho adquirido y expectativa. Es derecho adquirido aquél “[...]derecho que por un hecho, o acto del hombre o por ministerio de la ley se ha incorporado al patrimonio, o bien, una situación jurídica creada definitivamente por la facultad legalmente ejercida, y, expectativa, derecho no incorporado al patrimonio o la facultad no ejercida legalmente; por tanto, “los derechos adquiridos deben ser protegidos, incluso contra una ley nueva: ésta no podría privar de un derecho a las personas que están definitivamente investidas del mismo, a la inversa, las simples expectativas ceden ante la ley nueva, que puede atentar contra ellas y dejarlas sin efecto”, y consideran que “la necesidad de seguridad está suficientemente garantizada si el derecho adquirido está amparado, y las simples expectativas deben ceder ante una ley que se supone más justa”.⁶²

Un derecho es adquirido cuando entra a formar parte del patrimonio de la persona, a consecuencia de un acto idóneo y reconocido por la Ley, aunque el ejercicio de ese derecho no se presentase sino hasta después de la publicación de una ley nueva relativa al mismo. La ley posterior, en virtud del principio de la irretroactividad (artículo 9 inciso primero de nuestro Código Civil: la ley puede sólo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo) no podrá alterar la propiedad de un derecho ya consolidado, sino sólo por medio de una ley expropiatoria. La excepción a esta regla serían los casos en que el legislador da efectos retroactivos, siempre que respete las garantías

⁶² MAZEAUD, Henri y León. MAZEAUD, Jean, “Lecciones del derecho Civil”, Editorial: Jurídicas Europa-América; Tomo II, Buenos Aires.

constitucionales (un ejemplo de estos son los casos de derechos condicionales en donde el legislador acepta ciertos efectos retroactivos con el objetivo de proteger al acreedor condicional de los actos o gravámenes que pudiera haber realizado el deudor condicional mientras la condición estaba pendiente).

En el Derecho Laboral puede existir retroactividad en los casos donde deba aplicarse el principio de la condición más beneficiosa en favor del trabajador.⁶³

Pero la indemnización por años de servicio, como derecho exigible, no entra en el patrimonio del trabajador, pues de ser así, podría ser exigido ante todo evento, y la misma ley contempla causales muy restrictivas en donde es posible la exigencia del derecho a esta indemnización, que sólo nace al Derecho una vez que se cumplen las causales que da lugar a esta.

Todo trabajador, sujeto a contrato indefinido, por tanto, sólo mantiene una expectativa, una esperanza, mientras tanto, la indemnización por años de servicio, como prestación laboral, queda diluida en la posibilidad de nacer al derecho, como un verdadero derecho suspensivo.

En este punto conviene aclarar que la indemnización por años de servicio no es una remuneración, por lo tanto no entran dentro de los conceptos de inembargabilidad del artículo 57 del código del trabajo. Sin embargo, según la Dirección del Trabajo, si es un derecho del trabajador el percibir esta suma

⁶³ PLÁ, Américo, "Los principios del derecho del trabajo", 3ª edición actualizada, Editorial De palma Buenos Aires, 1998, pág. 108. El principio de la condición más beneficiosa, "supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que se ha de aplicar".

cuando se cumplan los requisitos, y por lo tanto, si recaerían sobre ellos ciertas medidas de protección, como la prohibición de renunciar a ella anticipadamente en virtud del artículo 5 inciso segundo, o como el dictamen 4.004-201 de la Inspección del Trabajo, de fecha 2 de diciembre del 2002 lo señala: “[...]que no procede jurídicamente convenir descuentos contra valores del finiquito estando vigente el contrato, por cuanto ello importaría renuncia anticipada de derechos en infracción de la norma legal citada, si mientras subsiste el contrato no es posible al trabajador disponer o renunciar derechos laborales, como ocurriría en la especie, si mediante el mandato aludido se dejaría de percibir indemnización por años de servicio y otras sumas que deba pagarse al término del contrato, si ellas serían descontadas por la empleadora para ser enteradas al banco acreedor.”⁶⁴

De esta cita, podemos concluir que la indemnización, según la Dirección del Trabajo, si es un derecho laboral, y debe ser protegido. Sin embargo, y continuando la discusión anterior, no nos parece adecuado calificarla como un derecho suspensivo, toda vez que no otorga al futuro acreedor, en este caso el trabajador, las medidas conservativas que se le deberían otorgar a fin de conservar el objeto de la obligación, que en este caso, serían los fondos para el pago completo de la indemnización por años de servicio, más considerando que la existencia de estas podría interferir en las atribuciones exclusivas del empleador, como es la dirección de la empresa.

Distinto sería el caso de la indemnización convencional a todo evento o

⁶⁴ Dictamen 4.004-201 de la Inspección del Trabajo, de fecha 2 de diciembre del 2002.

las de empleadoras de casa particular, en donde su procedencia está asegurada, y lo que vendría a cambiar sería el monto de está.

5. Conclusiones sobre la Naturaleza Jurídica de la Indemnización por Años de Servicio.

Las distintas doctrinas que han buscado explicar la naturaleza jurídica de la indemnización por años de servicio tienen diversos argumentos en contra que complican aún más la posibilidad de determinar la naturaleza jurídica de esta institución, porque desde el punto de vista de la prestación laboral, así como de la existencia o no del derecho, hace que la indemnización por años de servicio sea una institución con límites diluidos, consecuencia de las distintas modificaciones de la legislación laboral, y que no siempre obedecieron a una visión completa de la legislación chilena.

La indemnización por años de servicio como prestación laboral, obedece a un intento del legislador de mantener y conservar el puesto de trabajo de un trabajador, haciendo más costoso su despido en virtud del principio de Estabilidad Laboral, pero sin considerar el despido como un acto pernicioso o un delito civil, puesto que es decisión del empleador el terminar una relación laboral con un trabajador en razón a su eficiencia en el puesto de trabajo; a menos claro que el despido sea injustificado, arbitrario o injusto, o cuando hay vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, en cuyo caso, el aumento que el Legislador le otorga a la misma indemnización por años de servicio, si goza de la naturaleza de sanción, y por tanto, este porcentaje agregado si sería efectivamente una indemnización en el sentido estricto de la palabra.

Salta a la vista que llamar a esta institución indemnización, fue un desacierto, distrayendo el foco de la discusión, pues dicha denominación es contraria a los efectos mismos y al sentido que el legislador le dio a la indemnización por años de servicio como prestación laboral, más en la actualidad, donde el mercado laboral se ha vuelto mucho más dinámico, y es un hecho que un trabajador no permanece toda su vida en un mismo puesto de trabajo. La realidad laboral chilena actual está enfocada en maximizar las prestaciones económicas que significa la relación laboral entre empleador y trabajador, siendo simplificada a una relación económica de prestación de servicios a cambio de una remuneración, pero siempre en un ambiente de respeto mutuo; dejando de lado la doctrina tradicional laborista en donde se primaban principios paternalistas que debían regir las relaciones laborales, donde el empleador, el patrón, protegía al trabajador, que le debía sumisión. Esta relación está, o debiese estar, completamente superada en la actualidad.

CAPÍTULO V:

EL SEGURO DE CESANTÍA.

1. **Consideraciones previas.**

A pesar de que la presente tesis tiene como tema principal la indemnización por años de servicio, es necesario hacer mención sobre las prestaciones previsionales que amparan a nuestros trabajadores dependientes, pues, como se ha visto hasta cierto momento, esta institución tuvo una calidad de prestación previsional, más que de una prestación laboral, además, como lo veremos en el capítulo sobre la OIT, ambas instituciones, a la larga, parecen apuntar a un mismo principio, el de proteger al trabajador ante la situación de desempleo.

2. **Conceptualización del Seguro de Cesantía**

El seguro de cesantía es el mecanismo que contempla la ley para proteger al trabajador cuando entra en periodo de cesantía, y corresponde al uso de los avances más importantes en Seguridad Social, con relación a la cesantía. Desde que se implementó el sistema de seguro, en el 2002, más de seis millones de trabajadores han ingresado al sistema, cotizando mensualmente más de tres millones de ellos, y otorgado durante este periodo más de cuatro millones de beneficios.⁶⁵

⁶⁵ BENVIN A Evelyn; GANA C. Pamela; OJEDA A. Susana; POBLETE H. Isabel; VALENZUELA C. Dagoberto "SEGURO DE CESANTÍA EN CHILE," Superintendencia de

El seguro de cesantía combina el ahorro obligatorio del trabajador, con un seguro social de índole solidario, en donde el componente individual del ahorro es destinado a una Cuenta Individual de Cesantía, y es financiado por aportes de la cotización del trabajador y del empleador, en el caso de trabajadores a plazo indefinido, y sólo a cargo del empleador, cuando hay contrato a plazo o está sujeto a obra, faena o servicio determinado. Por otro parte, el aporte solidario del fondo, es financiado por el empleador y el Estado. Los fondos aportados por ambas vías, es administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía, que tiene el derecho de la administración a través de licitación pública, institución que es regulada y fiscalizada por la Superintendencia de Pensiones.

2.1. Requisitos del Seguro de Cesantía

El grupo protegido por el Seguro de Cesantía son los trabajadores dependientes mayores de 18 años regidos por el Código del Trabajo, y es obligatorio que el trabajador ingrese al sistema del seguro cuando su contrato de trabajo es posterior al 2 de octubre del 2002, los trabajadores con relaciones laborales anteriores a esa fecha, pueden incorporarse de manera voluntaria al sistema.

Están excluidos de seguro de cesantía los siguientes grupos:

- Los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje.
- Los trabajadores menores de 18 años.

- Los trabajadores de casa particular.⁶⁶
- Los pensionados, excepción aquellos pensionados por invalidez parcial.
- Los trabajadores independientes o por cuenta propia.
- Los funcionarios del sector público.
- Los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden.

De manera particular, la ley señala que para gozar de los beneficios que se establecen en el Seguro de Cesantía establecido en la ley 19.728, el trabajador podrá acceder a las prestaciones con cargo a su Cuenta Individual por Cesantía si cumple las siguientes exigencias:

- a) que el contrato de trabajo haya terminado por algunas de las causales de los artículos 159, 160 o 161 del Código del Trabajo o por la figura del despido indirecto.
- b) que registre 12 cotizaciones mensuales, continuas o discontinuas, en su Cuenta Individual de Cesantía desde su afiliación al Seguro o desde la fecha en que se devengó el último giro a que hubiere tenido derecho conforme a la ley.

3. Fondo de Cesantía Solidario

El Fondo de Cesantía Solidario tiene por finalidad financiar las prestaciones mínimas que la Ley garantiza a aquellos afiliados que –

⁶⁶ Los trabajadores de casa particular cuentan con un sistema específico de protección al ingreso para períodos de desempleo: mensualmente el empleador deposita en una cuenta especialmente dedicada para esto fines, administrada por una Administradora de Fondos de Pensiones, el 4,11% de la remuneración imponible del trabajador, los fondos acumulados en dicha cuenta podrán ser retirados por el trabajador cuando cese la relación laboral.

cumpliendo con los requisitos pertinentes- han agotado o no disponen de recursos suficientes en su cuenta individual al momento de quedar cesantes. Se financia con una fracción de la cotización del empleador (0,8%) sólo en el caso de los contratos indefinidos, y con aportes del Estado definidos por Ley.

3.1. Requisitos para acceder al fondo de cesantía solidario.

Los requisitos serían por tanto:

- Se encuentren cesantes al momento de la solicitud.
- Los recursos de su cuenta individual sean insuficientes para financiar un beneficio de acuerdo a los montos y porcentajes que establece la ley.
- Tengan 12 cotizaciones en el Fondo de Cesantía Solidario en los últimos 24 meses. Las tres últimas cotizaciones deben ser continuas con el mismo empleador.
- Que el contrato de trabajo haya terminado por vencimiento del plazo convenido, por conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, caso fortuito o fuerza mayor.

Excepcionalmente, de acuerdo a la Ley 20.351, se entenderá que los trabajadores con contrato a plazo fijo, obra o servicio, ya tienen acreditadas ante el Fondo de Cesantía Solidario las cotizaciones requeridas, anteriores al 1 de mayo de 2009. Esta medida sólo estará vigente entre el 1 de julio de 2009 y el 1 de julio de 2010.

4. ¿Cómo se pagan las prestaciones del Fondo de Cesantía Solidario?

En el caso del trabajador con contrato indefinido se reciben por cinco

meses, y en el caso del trabajador con contrato a plazo fijo, por dos meses.

En ambos casos, cuando la tasa de desempleo publicada por el Instituto Nacional de Estadística (INE) exceda en un punto porcentual el promedio de los últimos cuatro años, se podrá recibir hasta por dos meses más.

4.1. Sistema de Información Laboral y una Bolsa Nacional de Empleo

El sistema entregará información sobre el mercado laboral y la bolsa facilitará la búsqueda y el ofrecimiento de vacantes para los trabajadores cesantes afiliados al Seguro.

Los beneficiarios del Fondo de Cesantía Solidario deben asistir mensualmente a la Oficina Municipal de Intermediación Laboral (OMIL) más cercana a su domicilio durante todos los meses que dura la prestación y estar disponibles para la capacitación o empleo que esta oficina le pueda ofrecer.

4.2. Montos del seguro de cesantía

El seguro de cesantía distingue distintas formas de financiamiento de acuerdo al tipo de contrato del trabajador.

Los trabajadores con contrato indefinido, los aportes del seguro de cesantía están dados por 0.6% y 1.6% de la renta imponible de cargo del trabajador y empleador, respectivamente. Adicionalmente, el empleador debe aportar con 0,8% de la remuneración imponible del trabajador al Fondo de Cesantía Solidaria, siendo un total de 2,4% del total a cargo del empleador.

Los trabajadores a plazo fijo, o por obra, trabajo o servicio determinado, el aporte total al sistema son a cargo del empleador y asciende igualmente al 3% del salario imponible del trabajador, destinándose 0,2% de este aporte

al fondo de cesantía.⁶⁷

Independiente del tipo de contrato, la remuneración imponible presenta un tope máximo mensual de 72,3 UF.⁶⁸

El aporte del Estado asciende anualmente a 225.792 unidades tributarias mensuales (UTM), depositadas en 12 cuotas en el Fondo de Cesantía Solidario.

El aporte del empleador a la cuenta individual del trabajador (1,6%), más su rentabilidad, descontadas las comisiones, pueden ser deducido del monto a pagar por concepto de indemnización por años de servicio a las cuales tiene derecho el trabajador con contrato a plazo indefinido, en el caso que la relación laboral, finalice por la causal del artículo 161 del Código del Trabajo.⁶⁹

La obligación del trabajador y del empleador de cotizar en la cuenta individual de cesantía, según el artículo noveno inciso final de la ley 19.728, cesa después de 11 años de relación laboral, con el mismo empleador, mismo plazo que existe como tope para el pago de las indemnizaciones por años de servicio, no sucede así con la obligación del empleador de aportar al fondo de Cesantía Solidario, que permanece vigente hasta el término de la relación laboral.

⁶⁷ Antes del primero de mayo del 2009, los trabajadores con este tipo de contratos, no podían acceder al FCS.

⁶⁸ Valor vigente para el año 2014.

⁶⁹ Ley N° 19.728, artículo 13, inciso 2^{do}

Financiamiento del Seguro Cesantía⁷⁰

⁷⁰ BENVIN A Evelyn; GANA C. Pamela; OJEDA A. Susana; POBLETE H. Isabel; VALENZUELA C. Dagoberto "SEGURO DE CESANTÍA EN CHILE," op.cit. pág. 6.

Administrador

Financiamiento

Según tipo de contrato

Beneficios



CAPITULO VI: DEBATE INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO.

1. Recomendaciones de la OIT sobre la cesantía y formas de protección al trabajador.

Una de las materias más importantes que la Organización Internacional del Trabajo ha tratado por medio de recomendaciones y tratados es precisamente la calidad del trabajo, y dentro de sus tópicos, está la estabilidad laboral.

Como hemos visto, la OIT aboga por una mayor preponderancia del principio de estabilidad laboral versus el principio de libertad; esto es recogido por Francisco Walter, el que indica que: *“[...] señalaremos que la OIT privilegia claramente la estabilidad relativa en el empleo, al estimar que el empleador no puede poner término a la relación, de trabajo, a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad del trabajador, su conducta, motivos económicos o necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.”*⁷¹

⁷¹ WALTER ERRÁZURIZ, Francisco, “Indemnización por años de servicio en el Chile de hoy: su mantención, modificación o supresión”. Revista Laboral Chilena, diciembre 2010,

A su vez, ha fijado una serie de normas mínimas al respecto de la terminación del contrato de trabajo, por medio de tres instrumentos específicos:

- Recomendación n°119 de 1963,
- Convenio n°158, de 1982.
- Recomendación n°166, de 1982, que vino a reemplazar la recomendación 119.

El convenio n°158, no ha sido ratificado por Chile, pero es necesario tenerlo presente en su calidad de norma mínima internacional, que en cuanto a la relación laboral y el término de esta establece tres principios básicos:⁷²

- La terminación de la relación laboral, cuando es por iniciativa del empleador, debe ser por causa justificada.
- La necesidad de indemnizaciones, las que serían de dos tipos: primero, una relacionada al despido injustificado (cómo hemos señalado, está indemnización si obedecería a los principios de la indemnización en materia civil, al sancionar un ilícito civil, es decir, el despido injustificado); y en segundo lugar, una indemnización por término de servicios o alguna protección a los ingresos del trabajador, la que puede ser limitada cuando la causa del despido hubiese sido por responsabilidad del trabajador.
- Por último, si el despido se debe a motivos económicos, tecnológicos estructurales o análogos, dichos despidos deban ser consultados a los representantes de los trabajadores o autoridad competente.

Cabe señalar que dos de los tres puntos ya señalados, son seguidos

Santiago, pág. 91

⁷² ROJAS MINO, Irene. "La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno". Op.cit.

por nuestra legislación, siendo el tercero, el punto en discordia para la ratificación del convenio.

Especial mención tiene el artículo 12 de la convención n° 159, que se encuentra en la sección E, bajo el título de Indemnización por fin de Servicios y Otras Medidas de Protección de los Ingresos, puntualmente porque habla sobre las prestaciones a las que tiene derecho el trabajador, una vez finalizada la relación laboral:

Artículo 12 de la convención n°159.

1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho:

- (a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o
- (b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o
- (c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.

Dicho artículo da a considerar que, dentro de las prestaciones que un trabajador tiene derecho al término del trabajo, pueden estar tanto las prestaciones laborales como una indemnización por fin de los servicios; como

prestaciones de seguridad social; tal cual como se da en la legislación laboral chilena, pero a su vez, podría existir sólo uno de estos derechos, por lo tanto, los países donde no existe la indemnización por años de servicio, pero si existe un seguro de cesantía robusto y que efectivamente protege al trabajador, no contrariaría las disposiciones del convenio citado de la OIT, puesto que la OIT, tuvo en consideración las distintas realidades de los países, que idean distintos sistemas de protección al trabajador que es despedido., Así mismo lo señala la recomendación n°166 sobre la terminación de la relación de trabajo: “[...]las fórmulas de flexibilidad del artículo 12 ofrecen a los países la posibilidad de desarrollar sistemas de protección adaptados a las condiciones específicas de su situación a este respecto»⁷³

1.1 Consideraciones de la OIT sobre la legislación Chilena.

Chile no ha ratificado el Convenio n°158. Desde 1995, Chile ha informado una serie de inconvenientes para ratificar dicho convenio, tales como que el país experimentaba dificultades en relación con la aplicación del artículo 13, sin ofrecer un plazo para realizar la ratificación. Ya en 2001 se indicaba que Chile era uno de los 15 Estados Miembros que no excluían la cuestión de la ratificación, la estaban examinando o la analizarían nuevamente una vez

⁷³ Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo”. Organización Internacional del Trabajo, Documento de reunión 9 de marzo de 2009. [en línea]. Disponible en: <<http://www.ilo.org/wcmsp5>> y también en <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcms_171432.pdf>. [consultado el 20 de noviembre del 2015].

eliminados los obstáculos de la legislación nacional. A la fecha, el Gobierno no ha incluido en su programa la intención de ratificar el Convenio ni la de modificar la legislación relativa a la terminación de la relación de trabajo o la protección contra el despido injustificado.

Lo cierto es que la legislación chilena recoge gran parte de las disposiciones del convenio n°158, como la existencia de las IAS y el Seguro de Cesantía, así como la protección del trabajador frente a despidos injustificados, sin embargo, en la legislación nacional no existe ninguna figura legal que proteja a los trabajadores de los despidos masivos, así como de los despidos por razones económicas o técnicas de la empresa que el convenio intenta reducir, sin negar la posibilidad al empleador, pero exigiendo la consulta a órganos consultores o a los representantes de los trabajadores frente a tales despidos, ya sean masivos⁷⁴ o por esta causal.⁷⁵

2. Recomendaciones de la ODCE respecto a la Indemnización por años de Servicio y dinamismo del Mercado Laboral.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, ODCE, es una organización internacional intergubernamental que reúne a los países más industrializados de economía de mercado.

En la OCDE, los representantes de los 30 países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los

⁷⁴ Convenio n° 158 de la OIT. Sobre terminación de la relación de trabajo, artículo 13.

⁷⁵ Convenio n° 158 de la OIT. Sobre terminación de la relación de trabajo, Artículo 9, inciso 3ero.

países no miembros, siendo el mayor productor mundial de publicaciones en economía y asuntos sociales con más de 500 títulos por año, más documentos de trabajo y otros productos.

Es en razón de su interés de fomentar el crecimiento económico, pero siempre en pos del mayor desarrollo económico de las naciones que cada año, se hacen recomendaciones a las naciones, con el fin de dar sugerencias en distintas materias con el fin de fomentar una economía saludable y sustentable.

En el estudio de octubre del 2013, La ODCE emitió un informe en donde se trataron varios tópicos, y se trató sobre el mercado laboral, señalando que si bien en los últimos 15 años, se ha llegado a los niveles más bajos de desempleo, aún quedan grupos importantes que se encuentran marginados del mercado laboral formal, teniendo como opciones sólo empleos precarios, empleo informal y con bajos sueldos.

En específico, sobre las prestaciones laborales que protegen el empleo y la estabilidad laboral, la OCDE reconoce la existencia de trabas para el dinamismo y la inclusión laboral de los sectores de trabajadores con menos perfeccionamiento, así como también reconoce la falta de sistemas de inclusión para las mujeres, jóvenes y la deficiente red de perfeccionamiento para los trabajadores con menos capacitación.⁷⁶

⁷⁶ “Estudios Económicos de la OCDE Chile”, Visión General, Octubre 2013, pág. 25-28.[en línea]. Disponible en: <<http://www.oecd.org/>> y también en <<http://www.oecd.org/eco/surveys/Overview%20Chile%20spanish.pdf>>.[consultado el 21 Octubre del 2014].

Sin embargo, existe una especial mención a la indemnización por años de servicio, anunciando la necesidad de disminuir, en razón de una mejor inclusión laboral, pero, fomentando mejoras sustanciales en las prestaciones de seguridad social, así como mejorar también el diseño de sistemas de seguimiento y búsqueda de empleo, sin embargo también se menciona que estas medidas de aumento en las prestaciones, debería acompañadas :*"[...]de un seguimiento y ayuda efectivos en la búsqueda de empleo – aspectos actualmente deficientes – para garantizar que el aumento de las prestaciones no debilite los incentivos para encontrar un empleo."*⁷⁷

Queda en evidencia, que el ideal para la ODCE es un sistema de libre despido en donde no existan grandes trabas para este, tales como las causales de despido y la misma indemnización por años de servicio, entendiéndola como un mecanismo que contempla la ley para desincentivar el despido de un trabajador. Sin embargo, reconoce la necesidad de protección del trabajador durante el periodo de cesantía y la búsqueda de un nuevo trabajo. Este postulado no está alejado de las recomendaciones – para los países que no lo han ratificado- del convenio 159 de la OIT, puesto que habla, en su artículo 12, que la protección del trabajador al ser despedido puede ser o por prestaciones laborales que busquen compensar por el fin de los servicios, o, la existencia de prestaciones de seguridad social por desempleo. Cabe señalar que estas recomendaciones de la ODCE recogen los principios de sistemas ya establecidos en países, y que funcionan con bastante éxito, como es el de

⁷⁷ "Estudios Económicos de la OCDE Chile", Visión General, Octubre 2013, Op., cit, pág. 27.

Flexiguridad, que será tocado en el título siguiente.

3. Caso de Derecho Comparado.

3.1. Flexiseguridad: El caso Danés

En el primer capítulo de esta tesis, hablamos de la contra posición irreconciliable en apariencia, del principio de estabilidad laboral, versus, la libertad del empleador para disponer de los factores de producción.

Pues bien, en nuestra legislación, como latamente lo hemos visto, hemos derivado en la actualidad en un sistema de libre despido atenuado por causales de despido, en donde el principio que se mantiene es el de despido justificado, un mecanismo que busca, más o menos eficientemente, brindar estabilidad laboral al trabajador, asegurando su puesto de trabajo. La indemnización por años de servicio funciona en esta misma clave, al desincentivar el despido de los trabajadores que cumplen los requisitos exigidos por la ley para que nazca este derecho, manteniendo a estos en sus puestos de trabajo.

Sin embargo, existe un modelo que parece venir a conciliar ambos principios, en una perfecta armonía, que no sólo le brinda al trabajador una seguridad en su empleo, sino que al empleador, al otorgarle la más libre posibilidad de despido de los trabajadores. Este es el sistema de flexibilidad del modelo danés.

Sistema de Flexiseguridad parte de la base de la existencia de tres principios, que conjugándose de manera armónica, le dan forma y protegen a los trabajadores, pero desde una perspectiva completamente distinta a la de nuestro sistema, estos tres principios son: flexibilidad en la extinción de la

relación laboral, prestaciones por desempleo y una política del mercado de trabajo. Asegurando, no la estabilidad en el puesto de trabajo, sino, que la seguridad al empleo mismo, para el trabajador.

Este sistema, inicia con el reconocimiento de la más amplia posibilidad del empleador de disponer de los puestos de trabajo, colocando, como único límite, la imposibilidad de despedir a un trabajador por razones de discriminación de cualquier índole. Se flexibiliza el trabajo, pero en el sentido exterior de la flexibilidad, es decir “[...] supone una nueva forma de ingreso a la relación laboral, vía contratos atípicos, o de salida, de ruptura de la relación de trabajo, vía una facilitación del despido, de la terminación de la relación de Trabajo”⁷⁸

Esta política se traduce primero en no condicionar el despido a causales que exijan una justificación; y libera al despido de cualquier consideración dañosa, y por tanto, se libera al empleador de resarcir el perjuicio, supuestamente producido por el despido. Esto se traduce, en síntesis, en el desahucio sin justificación, y transforma al despido en una contingencia, similar a la enfermedad del trabajador, y que por tanto, deberá ser la Seguridad Social la encargada de brindar prestaciones a este trabajador, excluyendo completamente cualquier responsabilidad del empleador.

⁷⁸ ERMIDA URUARTE, Óscar. “la Flexibilidad del Derecho laboral en algunas experiencias comparadas” *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú) III, 4 (1992) pág. 13. Cita vista en BLANCAS, Carlos, “Flexibilidad, derecho al Trabajo y estabilidad laboral”, Revista de la facultad de Derecho PUCP, nº 68, 2012, pág. 384.

Esta situación no será distinta a la que sucede en otros países donde el trabajador queda en la más tremenda indefensión, sin embargo, aquí actúa el segundo elemento del triángulo virtuoso de este sistema, que son las prestaciones laborales por despido.

Es el Estado el que aporta la mayor parte de los fondos que cubren los ingresos del desempleado, creando prestaciones que son generosas, pues se cubre hasta cuatro años posteriores al despido, con un monto de 90% del último ingreso del trabajo, con un tope de \$145.000 coronas danesas por año, lo que son \$16.777.800 pesos, (que daría la suma de \$1.398.150 mensuales). Estos fondos son absorbidos casi por completo por el Estado, y por tanto, por los contribuyentes. No es un dato menor el hecho que en Dinamarca la carga tributaria es del 48,9%, y el máximo de impuesto a la renta es del 51.5%.⁷⁹

Y para cerrar este sistema, se encuentra el elemento de políticas públicas orientadas a la activación del Mercado laboral, que dejan atrás las políticas pasivas de entregar subsidios, y proyectan la inversión en el perfeccionamiento de los trabajadores, en donde por medio de estas políticas públicas, se busca no sólo entregar formación profesional, sino que las actitudes laborales apropiadas para desempeñar nuevas funciones en el mercado laboral.

Como vemos, es el Estado el garante de mantener a los trabajadores con la posibilidad de emplearse, protegiéndolos durante el desempleo. Y si bien reconoce una indemnización, por despido injustificado para los trabajadores no-

⁷⁹ BLANCAS, Carlos, "Flexibilidad, derecho al Trabajo y estabilidad laboral", ídem, pág.388.

manuales, que tiene un tope de 12 meses de remuneración, este es un caso excepcional, pues la regla general, es la flexiseguridad.⁸⁰

4. Políticas públicas chilenas sobre la indemnización por años de servicio.

4.1. Trabajo y equidad: Comisión Meller.

El gobierno chileno no ha sido indiferente ante la discusión sobre la eficacia y externalidades de la indemnización por años de servicio, y desde el primer gobierno de Michelle Bachelet se ha estado tomando con atención a la problemática del empleo, y las repercusiones negativas que tiene en la sociedad chilena en su totalidad, convirtiéndola una de las más desiguales de la ODCE.

Mención especial tiene la indemnización por años de servicio en los trabajos de la Comisión Meller sobre Trabajo y Equidad, tanto en el informe del asesor como en su informe final:

En ese informe se anunciaba que *“Un grupo de consejeros recomienda complementar el fondo de indemnizaciones a todo evento con un pago en caso de despido, en conformidad con las causales descritas hoy en la ley, de medio mes por año de servicio con tope.”*⁸¹ Se señala que dichos fondos deberían ser aportados de la misma manera que son aportados los fondos en el seguro de cesantía. Especial mención hacen estos expertos de

⁸⁰ BLANCAS, Carlos, "Flexibilidad, derecho al Trabajo y estabilidad laboral", ídem, pág.386.

⁸¹ Consejo asesor presidencial: Trabajo y equidad. "Informe Final Comisión Meller" Mayo 2008, Santiago de Chile. Pág. 76. [En Línea] Disponible en <<http://es.scribd.com/>> y también en <<http://es.scribd.com/doc/55658517/Comision-Meller-Trabajo-y-Equidad-Informe-Final#page=77>> [consultado el 18 de septiembre del 2014]

que este seguro ante todo evento, debe ser acompañado por indemnizaciones de menor valor de las actuales, para evitar o mitigar los efectos adversos de la actual indemnización por años de servicio, que se traducen en menos oportunidades de empleo, incidiendo además en el bajo crecimiento de los salarios y la duración de las relaciones de trabajo que se dan hoy en día en nuestro sistema actual.

Como vemos, esta comisión señala que indemnización por años de servicio es un mecanismo que genera repercusiones negativas, sobre todo en los sectores laborales más vulnerables, por las razones que ya hemos mencionado en el párrafo anterior, y aunque estos tópicos los tocaremos en el siguiente capítulo, es necesario tener en cuenta que nuestro sistema laboral tiene grave problemas de perfeccionamiento, donde la mayor parte de la masa laboral se encuentra en los sectores de trabajo no calificado o subempleo, sobre todo, en consideración de los costos que tiene la contratación de un trabajador de forma indefinida.

Por otro lado, y si bien han surgido voces que señalan lo innecesario de reformar la indemnización por años de servicio por no ser una prestación de seguridad social, sino, una prestación laboral, no es menos cierto que es uno de los costos que el empleador debe tener en consideración al contratar a un trabajador, y por lo mismo, argumentar esta diferenciación como esencial en la indemnización por años de servicio, simplemente es ignorar las repercusiones y consecuencias que tienen las Instituciones en el derecho; es tener una visión sesgada de la normativa laboral y sus repercusiones en la realidad.

La Comisión Meller también está en sintonía con lo indicado por la OIT; en donde si bien se recomiendan ambos sistemas, seguro de cesantía e indemnización por años de servicio, para la protección del trabajador en el despido, señala también que en las sociedades más desarrolladas, se prefiere un sistema de seguro de cesantía más robusto y con mayores prestaciones. En la recomendación Meller, si bien se sugiere una reducción en el monto de la IAS, se amplía el pago ante todo evento, además, de hacerlo convivir con un sistema de Seguro de Cesantía, y pagos de incentivos para la capacitación, el gran talón de Aquiles en nuestro sistema laboral.

4.2. Gobierno de Sebastián Piñera.

Como suele suceder en las grandes reformas, o cuando se pretende modificar instituciones que se configuran como verdaderos monolitos en la legislación, sobre todo en la laboral; las voces en contra fueron más fuertes, y la discusión surgida en la Comisión Meller sobre las indemnización por años de servicio no tuvo mayor repercusión, más allá de poner en la palestra pública, la discusión.

Es este ambiente en contra de cualquier modificación de la indemnización por años de servicio, se sepultó cualquier discusión durante el gobierno de Sebastián Piñera, aunque el asunto sobre la indemnización por años de servicio se tocó incluso en su plan de campaña, pero nuevamente, la discusión no encontró tierra fértil, más allá del ánimo de los mismos empresarios, que respondían muy bien a la modificación o eliminación de las indemnización por años de servicio, siempre en pos de un negocio más

productivo y de menor costo para el empresariado. Podemos encontrar este mismo discurso en las palabras de don Lorenzo Constans, empresario y dirigente gremial chileno-español, expresidente de la Confederación de la Producción y del Comercio (CPC): *"Es un tema en que no se ha avanzado, y reconozco que no es fácil. La OCDE planteó este aspecto en sus recomendaciones, en el sentido en que allí no se va a mejorar el fuerte desempleo que tiene el país mientras no se hagan algunos ajustes sobre el salario mínimo y, en definitiva, cambiar el sistema de indemnizaciones por años de servicios o combinarlo con un seguro de desempleo"*.⁸²

4.3. Poder Legislativos: los proyectos de ley que existen sobre la materia.

Como hemos visto, la indemnización por años de servicio es una institución bastante antigua en nuestra legislación, pero a diferencia de, por ejemplo, la indemnización de perjuicios en sede civil, ha tenido muchas modificaciones, y casi todas ellas, impulsada por las instancias políticas e históricas del momento en que se aprueba su modificación. Incluso, posteriormente a la ley 19.010 de 1990, y como ya hemos indicado, han existido otras más modificaciones, como la introducción de la ley de quiebras, o las modificaciones en cuanto al derecho a la indemnización por años de servicio de los asesores del hogar, siendo un gran logro para el gremio, que ha sido

⁸² PORTAL RADIO U DE CHILE, [diario virtual] Dichos de Lorenzo Constans" Empresarios aspiran a terminar con indemnizaciones por años de servicios durante el gobierno de Piñera" 19 de enero de 2010. Portal Radio U. de Chile. Disponible en <http://radio.uchile.cl/> y también en <http://radio.uchile.cl/2010/01/19/empresarios-aspiran-a-terminar-con-indemnizaciones-por%C3%B1os-de-servicios-durante-el-gobierno-de-pi%C3%B1era> [consultado el 24 de noviembre de 2014]

vulnerado históricamente por nuestra legislación.

Sin embargo, también podemos encontrar proyectos de ley, que buscan aún en nuestro Congreso, nacer a la vida del derecho, y han apuntado a distintos elementos de la Indemnización por años de servicio. Estos proyectos de ley son:

4.3.1. Modifica concepto de "última remuneración mensual", como base de cálculo de la indemnización por años de servicios.

Ingresado el 5 de marzo del 2012, por parlamentarios del PPD, DC y el partido Radical, en sus dos únicos artículos plantea:

“ARTÍCULO 1: Modifíquese el artículo 41 del Código del Trabajo de la siguiente forma:

- a).- eliminándose en su inciso segundo las frases, "de movilización" y "de colación"*
- b).- intercállese entre la voz "caja," y la palabra "de" la conjunción copulativa "y".”*

“ARTÍCULO 2: Agréguese al artículo 172 del Código del Trabajo el siguiente inciso segundo nuevo, pasando el actual segundo a ser el Tercero y así sucesivamente: "Asimismo, para el cálculo de la indemnización prevista en este artículo se considerará parte integrante de la última remuneración mensual las asignaciones o bono que el empleador otorgare al trabajador por concepto de movilización y colación.”⁸³

⁸³ Modifica el concepto de "última remuneración mensual" como base de cálculo de la indemnización por años de servicios. Boletín N° 8160-13 Cámara de diputados. [En Línea] Disponible en <<https://www.camara.cl/>> y también en

Este proyecto parte de la base de que la Indemnización por años de Servicio tiene una naturaleza de “participación en el aumento de producción de la empresa” y que por tanto es justo su pago a los trabajadores, sin embargo, reconoce que está triplemente limitada, a su saber, por los años que cubre, por el concepto de remuneración y por las causales que dan a lugar a esta indemnización, Al reconocerse estas limitaciones, se resta completamente la naturaleza jurídica que quieren los parlamentarios imprimir a la indemnización por años de servicio.

Es en este sentido, que este proyecto busca incorporar al concepto de remuneración, los bonos de movilización y de colación, argumentando que estos bonos, según el artículo 41 del Código del Trabajo, no serían parte la remuneración, y que por tanto tampoco de la base de cálculo para la indemnización por años de servicio (y la indemnización por aviso previo), sin embargo, estos bonos buscan suplir los gastos del trabajador para mantenerse y poder acudir a su puesto de trabajo, y que el empleador debe hacerse cargo periódicamente al ser su obligación suministrar los recursos para el cumplimiento de las labores del trabajador. Resulta paradójico, que estos bonos, calzan perfectamente en la descripción del artículo 172, y que sin embargo estén descartados del concepto de remuneración del artículo 41. En pocas palabras, se aumenta artificiosamente las remuneraciones, luego argumentando, que estos bonos, - necesarios para el trabajador- no son parte de la base de cálculo de la indemnización en razón de los artículos 41 y 172 del

<https://www.camara.cl/pley/pley_buscador.aspx>

Código del Trabajo. De ahí, la necesidad de terminar con esta injusticia y terminar la discusión por medio de este proyecto de ley, pues, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo y de la Corte Suprema por medio de recursos de unificación de la jurisprudencia, - como ya hemos visto- están en un misma sintonía, en los últimos años incluyendo dentro de la remuneración estos bonos.

En la actualidad, este proyecto se encuentra en tramitación en la cámara de diputados, y actualmente paso a la comisión de Trabajo y Seguridad Social para su discusión el día 6 de marzo de 2012.

4.3.2. **Modifica el Código del Trabajo para efectos de eliminar el límite máximo de la indemnización por años de servicios.**

Ingresado el 11 de noviembre de 2014 por el diputado por la región de Valparaíso, el independiente don Gaspar Rivas Sánchez, busca en su artículo único la eliminación del tope de años que deben ser pagados por el empleador al trabajador por concepto de Indemnización por años de servicio. Argumenta, en el proyecto de ley, que dicha indemnización es un derecho que no es pleno al ser arbitrariamente limitado por el legislador a solo 11 años, obligando a los trabajadores a renunciar a la “justa compensación” por el resto de los años trabajados a un empleador. Es así que en la presentación del proyecto se señala: *“Sin embargo, ese derecho [el de la indemnización por años de servicio] todavía no es íntegro, puesto que se le establece un arbitrario límite a dicha indemnización de "un mes de remuneración por cada año de trabajo." Los famosos 11 años. ¿Qué ocurre con el trabajador que lleva, por ejemplo, 20 años trabajando? ¿Es justo, en este caso, que ese trabajador deba,*

*por mandato legal, renunciar a una justa compensación por esa diferencia de 9 años? ¿Y si lleva 30 años trabajando? ¿Debe perder 19 años de trabajo? ¿Es eso justo?*⁸⁴

En la actualidad, este proyecto se encuentra en tramitación en la cámara de diputados, y pasó a la comisión de Trabajo y Seguridad Social para su discusión el día 12 de noviembre del 2014.

Cabe señalar que con fecha 20 de diciembre del 2012, fue ingresado un proyecto de ley, en el mismo sentido, el cual también se encuentra en tramitación.⁸⁵

4.3.3. Discusión parlamentaria sobre la Reforma Laboral.

El gobierno actual ha impulsado distintas reformas, entre ellas, la Reforma Laboral, que como es de suponer, despierta los más encarnizados debates, que muchas veces apuntan a conceptos ideológicos más que legales.

Esta reforma, sin embargo, no toca, entre los puntos señalados por el gobierno y la misma CUT la indemnización por años de servicio, pero sí ha sido un tema introducido, nuevamente por el gremio de empresarios, discusión que veremos más adelante.

⁸⁴ Proyecto de ley que modifica el código del trabajo para efectos de eliminar el límite máximo de la indemnización por años de servicios. Boletín N° 9714-13. Cámara de diputados. [En Línea] Disponible en <<https://www.camara.cl/>> y también en <https://www.camara.cl/pley/pley_buscador.aspx>

⁸⁵ Proyecto de Ley, Modifica el Código de Trabajo, eliminando el límite a indemnización por años de servicios. Boletín 8757-13. Cámara de diputados. [En Línea] Disponible en <<https://www.camara.cl/>> y también en <https://www.camara.cl/pley/pley_buscador.aspx>.

4.4. Poder Judicial: ¿se ha pronunciado sobre el asunto?

Nuestros jueces, por los principios regentes en nuestra legislación que les impide pronunciarse sobre materias antes de que sean puestas en su conocimiento, rara vez hablan sobre su parecer respecto a ciertas situaciones, sin embargo, nuestro presidente de la corte Suprema, se pronunció, a grandes rasgos sobre la situación laboral en Chile.

El pasado 28 de julio de 2015, en el contexto de la firma del Convenio de Cooperación entre la Corte Suprema de Justicia de la República De Chile y la Scuola di Giurisprudenza- Scuola Superiore di Studi Giuridici y el Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Universidad De Bolonia, la Dirección de Estudios de la Corte Suprema organizó, en el Salón de Honor del Palacio, un seminario para tratar temáticas referidas a los derechos fundamentales en materia laboral y comparar la experiencia del derecho colectivo italiano, en relación con la normativa jurídica nacional.

El Presidente de la Corte don Sergio Muñoz, partió con su discurso inaugural, hablando sobre la situación laboral en Chile, marcando un importante hito en esta, al señalar que la dictadura Militar significó un cambio dramático en nuestra institucionalidad, y que conceptos como neoliberalismo, privatización, entre otros, que marcaron el Plan Laboral, que ya hemos estudiado en esta tesis, significó a la larga un desmedro en la protección de los trabajadores, marcando hasta nuestros días el devenir de la discusión, incluso después de terminada la dictadura en nuestro país. Esa así que el ministro Muñoz señala: *“Desde 1990, se ha vuelto a una situación similar a de principios del siglo XX, de lucha y reconquista de los trabajadores, sin que se pueda alcanzar, aún, un*

estándar similar al que existía hasta 1973”⁸⁶.

Si bien el discurso ya señalado era en relación a los derechos fundamentales de los trabajadores, la reforma laboral y la importancia de fortalecer los sindicatos, no es menos cierto que comprender el problema de los sindicatos, desmembrados por la legislación posterior a la dictadura, y que intenta nuevamente fortalecerse, es la base de la problemática laboral, y que incluso trasciende con creces el sentido de esta tesis, sin perder la íntima relación, debido a que es probable que, si existiera una real negociación colectiva, quizás ni siquiera habría necesidad de discutir sobre la indemnización por años de servicios, pues, este sería un derecho consagrado en razón de las negociaciones colectivas y del derecho sindical de todo trabajador.

4.5. La Posición de los Empresarios.

Los empresarios, representados por la SOFOFA, Sociedad de Fomento Fabril, al inicio del debate sobre la Reforma Laboral, anunciaron rápidamente la necesidad de discutir sobre la indemnización por años de servicio, como uno de los puntos a discutir en la reforma, proponiendo su eliminación, argumentando que de esta forma se reducen los costos para la creación de nuevos empleos, al reducir los costos de despido.⁸⁷ Sin embargo,

⁸⁶ SEMINARO: “Los derechos fundamentales y la Eficacia Directa en el derecho laboral nacional: la experiencia italiana y chilena” discursos inicial. [recurso virtual, video] disponible en <<<http://decs.pjud.cl/>>> también en <<<http://decs.pjud.cl/index.php/noticias/396-los-derechosfundamentales-y-la-eficacia-directa-en-el-derecho-laboral-nacional-la-experiencia-italiana-ychilena>>>, [consultado el 20 de agosto de 2015.]

⁸⁷ LA TERCERA [en línea] Santiago de Chile, Periódico, publicación diaria, disponible en: <<http://diario.latercera.com/>> disponible también en.

posteriormente el mismo presidente de la SOFOFA, don Hermann von Mühlenbrock, señaló que propondrían en la reforma laboral la indicación de eliminar la indemnización, pero, sin embargo, siguió argumentando la necesidad de legislar sobre este punto, considerándolo un impedimento para la creación de nuevos empleos.⁸⁸

Esta posición de la SOFOFA, generó gran rechazo en la CUT y entre diputados de la DC, argumentando que de por sí es deficiente la protección de los trabajadores como para permitir que se reduzcan aún más sus derechos.⁸⁹

4.6 La Posición de la CUT.

La discusión de la reforma laboral, que se está llevando a cabo durante este año, ha despertado no sólo una discusión por las materias que el Gobierno quiere tomar, principalmente fortalecer el sindicalismo, sino que ha resurgido con fuerza, la discusión sobre la pertinencia de la indemnización por años de servicio impulsada principalmente por el gremio de Empresarios, como lo vimos en el tema anterior.

<<http://diario.latercera.com/2015/03/01/01/contenido/negocios/27-184524-9-la-propuesta-laboral-de-la-sofofa-fin-a-la-indemnizacion-por-anos-de-servicios.shtml>>.[fecha de consulta 22 de agosto de 2015].

⁸⁸ EMOL [en línea] Santiago de Chile, Periódico, publicación diaria, disponible en: <<http://www.emol.com>> disponible también en.

<<http://www.emol.com/noticias/economia/2015/03/02/706146/sofofa-asegura-que-no-busca-eliminar-la-indemnizacion-por-anos-de-servicio.html>>[fecha de consulta 22 de agosto de 2015]

⁸⁹ COOPERATIVA [en línea] Santiago de Chile, Periódico, publicación diaria, disponible en: <<http://www.cooperativa.cl/>> disponible también en.

<<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/trabajo/proyectos/reforma-laboral-sofofa-proponeeliminar-indemnizacion-por-anos-de-servicio/2015-03-02/140346.html>> [fecha de consulta 22 de agosto de 2015]

La CUT, como actor social en nuestra sociedad civil, y como agente de presión, que viene a articular los distintos movimientos de trabajadores, principalmente encabezados por sindicatos, defiende lo que hasta ahora, considera un derecho de los trabajadores, y es por esto, que se ha manifestado abiertamente en rechazo público de la intención del gremio de empresarios de eliminar esta institución por considerarla perniciosa a la hora de crear empleo.

Y así ha dicho en el comunicado oficial de la CUT, surgida en razón de la discusión parlamentaria. *“En el debate parlamentario respecto a la reforma laboral, el sector empresarial ha planteado el tema de modificación del sistema de indemnización por años de servicio con el argumento que un bajo porcentaje de trabajadores lo está percibiendo. Lo que no dice el Sr. de la Sofofa es que las empresas se las arreglan a través de subterfugios para despedir sin derecho a indemnización o para finalmente terminar negociando para pagar menos de lo que corresponde.”*⁹⁰

Don Arturo Martínez, secretario de la CUT, grafica muy bien la “calidad” que ha adoptado la indemnización por años de servicio, y lo grafica en su propio discurso: *“La indemnización por años de servicio además de la importancia económica es, en cierto modo, una pequeña estabilidad en el trabajo, ya que el empleador al momento de despedir saca la cuenta de cuánto debe pagar, lo que lo inhibe en muchas ocasiones en llevar a cabo los despidos*

⁹⁰ “La indemnización por despido está amenazada “ Opinión publicada por el secretario de la CUT, .Martínez M. Arturo;, publicada en el Portal de la CUT, fecha miércoles 4 de marzo del 2015 disponible en: <http://www.cut.cl/disponible> también en <link: http://www.cut.cl/Portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2663:2015-03-04-20-32-01&catid=296:opiniones&Itemid=545>[consultado el 22 de mayo del 2015,]

*arbitrarios.*⁹¹

Pero como vemos, existe un rechazo completo y absoluto a cualquier cambio en la indemnización, incluso rechazando la idea de crear un fondo en común que pague a los trabajadores una indemnización por el término del contrato laboral, argumentando que es una forma “[...]para sacarse de encima la responsabilidad al momento de despedir.”⁹²

Lo que se obvia en esta opinión, es que por lo menos hasta el golpe militar, era precisamente este el sistema de protección que existía para los trabajadores, aunque había una diferencia entre los obreros y empleados en cuanto al mecanismo en que se paga la indemnización; en ambos casos un aporte en cotizaciones a un fondo ante todo evento; era el resultado de las mismas presiones que los trabajadores habían propiciado, y que se mantuvo con posterioridad a la ley sobre estabilidad en el empleo que hemos ya estudiado.

La CUT, en distintas intervenciones en la prensa se ha mantenido en

⁹¹ “La indemnización por despido está amenazada “; ídem.

⁹² “La indemnización por despido está amenazada “; ídem.

el mismo discurso; el de mantener la indemnización por años de servicio, oponiéndose irrestrictamente a cualquier intento de eliminación o cambio a esta institución.^{93y94}

CAPITULO VII:

⁹³ THE CLINIC [en línea] Santiago de Chile, Periódico, publicación diaria, disponible en: <<http://www.theclinic>> disponible también en. <http://www.theclinic.cl/2015/03/02/desde-la-cut-califican-como-una-canallada-de-la-sofofa-la-propuesta-de-eliminar-indemnizacion-por-anos-de-servicio/>. [fecha de consulta 22 de agosto de 2015].

⁹⁴ EL NORTERO [en línea] Antofagasta, diario virtual, publicación diaria, disponible en: <<http://www.elnortero.cl/>> disponible también en <<http://www.elnortero.cl/noticia/economia/cutantofagasta-es-inaceptable-propuesta-de-eliminar-indemnizacion-por-anos-de-serv>> [fecha de consulta 08 de agosto de 2015].

EL MERCADO LABORAL CHILENO

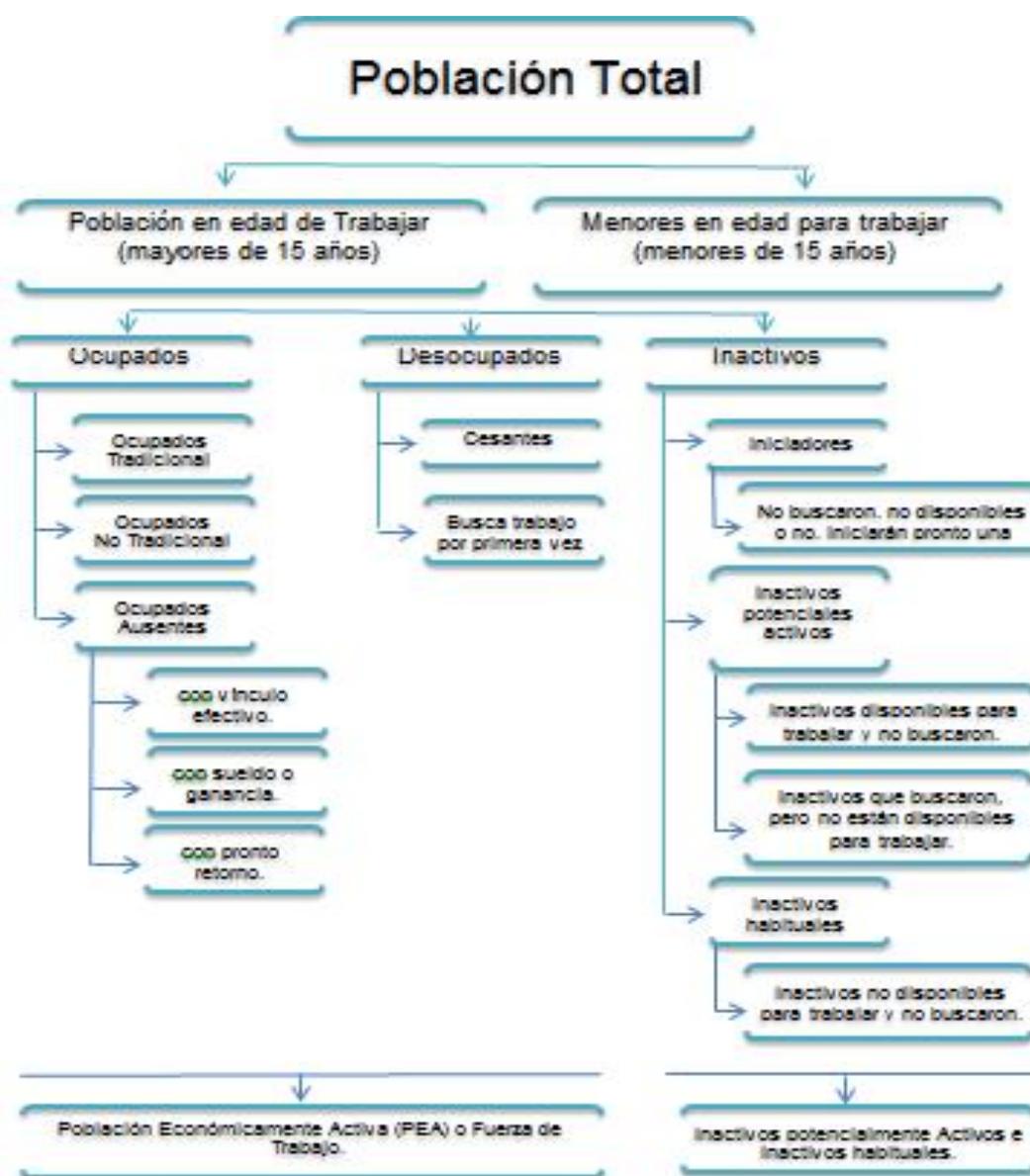
1. Chile en Estadísticas. ¿Quiénes son los que trabajan y cómo?

Luego de haber visto la indemnización por años de servicio desde la perspectiva jurídica, pasando por el espectro político de la problemática, queremos enfocarnos en este capítulo a analizar el espectro laboral de Chile, desde un punto de vista mucho más realista, utilizando las distintas encuestas que se han realizado en razón del Trabajo.

Este capítulo responde a la necesidad de comprobar empíricamente la extensión de la indemnización por años de servicio entre los trabajadores, analizando así su eficiencia como norma de protección laboral; es por esto que su objetivo esencial es identificar cuál es la variación en la fuerza laboral, y finalmente ver la cantidad de personas que cumplen los requisitos necesarios para obtener la indemnización por años de servicio, a través de la nueva encuesta nacional de empleo (NENE), elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas. Además contrastaremos esta encuesta utilizando principalmente el informe mensual de calidad del empleo (IMCE) del trimestre marzo-abril-mayo de 2015 de la unidad de estadísticas del trabajo hecha por la Fundación Sol. Pero antes de empezar, debemos señalar una breve reseña de como mide la NENE la población laboral, pues distingue entre:

Cuadro 1

Población Laboral en Chile según la encuesta NENE.⁹⁵



⁹⁵ INE “¿Qué es la Nueva Encuesta Nacional?, Encuesta nacional del Empleo”[en línea], abril DE 2010, Disponible en <<html://www.ine.cl/> también disponible en: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/mercado_del_trabajo/nene/pdf/enfoque_nene_web_21_010.pdf [consultado el 20 de junio de 2015]

- **Ocupados:** aquellas personas que hayan realizado algún trabajo durante la semana de referencia, de al menos una hora de duración y hayan percibido al momento o posteriormente algún tipo de pago (dinero o especies).
- **Desocupados:** personas que no trabajaron durante la semana de referencia, pese a haber buscado trabajo de manera activa durante las últimas 4 semanas. La persona considerada desocupada debe mostrar disponibilidad para trabajar en las siguientes dos semanas.

1.1. Estadísticas sobre el empleo trimestre marzo-abril-mayo 2015.

De esta encuesta podemos ver que la cantidad de fuerza laboral (los números están en miles) en enero marzo, abril y mayo de 2015 fue de 8.536,67 divididos en ocupados, con 7.976,15 y desocupados con 560,62. Mientras hay una cantidad de inactivos de 5.759,90. Así; el desempleo en este período es del 6,57%.

Sin embargo, para tener un espectro más claro de la realidad, no nos podemos simplemente fijar en estos números, sino también en la calidad de los puestos de trabajo. La primera resolución de la 19ª Conferencia Internacional de Estadísticas del trabajo clasifica a 3 grupos dentro de lo que denomina la subutilización de la fuerza de Trabajo, definida como *“la inadecuación entre la oferta y la demanda, lo que se traduce en situaciones de necesidad insatisfecha de trabajo a cambio de remuneración o beneficios en la población”*. Estos 3 grupos es la subocupación por

insuficiencia de tiempo de trabajo, referido a cuando las personas trabajan menos tiempo del que desean; desocupación, que refleja las personas no ocupadas que están disponibles para trabajar y la fuerza de trabajo potencial, referido a las personas no ocupadas que expresan interés en trabajar pero cuyas circunstancias limitan su búsqueda activa y/o disponibilidad, un ejemplo de ello son los buscadores desalentados, aquellas personas que no llevaron a cabo actividades de búsqueda, por motivos relacionados con el mercado laboral, como dificultad de encontrar un puesto de trabajo, edad, experiencia, etc. Sobre los desalentados, la encuesta INE los toma como inactivos.

Para poder hacernos una imagen más aproximada de la realidad laboral la Fundación Sol mide la Tasa de Desempleo Integral (TDI), en donde incluye, además de la tasa de desempleo oficial, el desempleo oculto, incluyendo a los desalentados, y al desempleo equivalente por subempleo, referido a aquellas personas que trabajan media jornada, pero desean trabajar una jornada completa.

C u a d r o 2
Indicadores Clásicos de empleo. Tasas (en %) y Variaciones (en puntos porcentuales)⁹⁶

	EFM2010	MAM2015	VAR NENE	VAR TRIM.	VAR ANUAL
TOTAL					
Tasa de Desempleo	9,04	6,57	-2,47	0,42	0,28
Tasa de Ocupación	52,47	55,79	3,32	-0,16	-0,23
Tasa de Participación	57,69	59,71	2,03	0,10	-0,07
TDI	14,49	11,20	-3,29	0,63	-0,23
HOMBRES					
Tasa de Desempleo	7,88	5,72	-2,15	0,32	-0,22
Tasa de Ocupación	65,89	67,52	1,63	-0,29	0,12
Tasa de Participación	71,52	71,62	0,10	-0,07	-0,01
TDI	12,66	9,64	-4,34	0,90	0,18
MUJERES					
Tasa de Desempleo	10,85	7,78	-3,07	0,56	1,01
Tasa de Ocupación	41,00	45,96	4,91	-0,03	-0,59
Tasa de Participación	44,34	48,20	3,85	0,26	-0,11
TDI	18,16	13,96	-8,00	1,23	-0,09

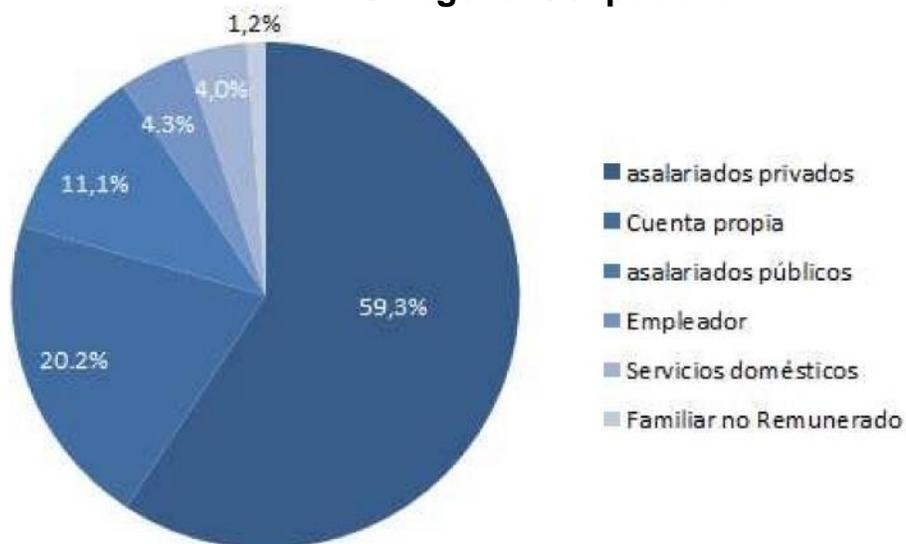
La tasa de desempleo integral en Chile para el trimestre marzo, abril y mayo de 2015 es de 11,2%, además la Fundación Sol señala que desde que mide este indicador, en marzo de 2010, esta nunca ha estado debajo del 10%.

Por último, nos gustaría detenernos acerca de los regímenes de contratación en Chile. Tomaremos nuevamente como referencia a la Fundación Sol para categorizar a los ocupados y su régimen de contratación.

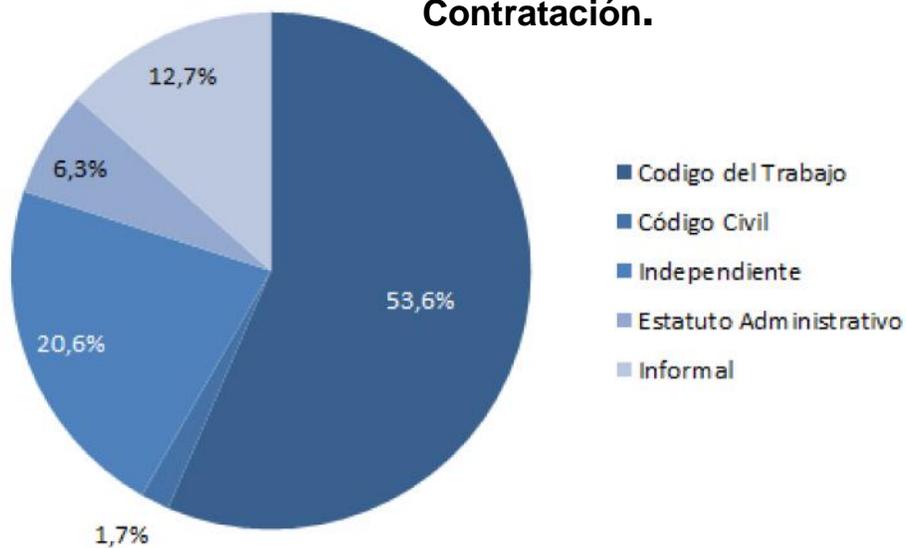
⁹⁶ BREGA, Carla; PAEZ, Alexander; SÁEZ Benjamín, DURÁN, Gonzalo; "Informe Mensual de Calidad de empleo. Informe Nacional junio 2015". Fundación Sol, Santiago de Chile. Pág. 9.

Gráfico 3
 Distribución según categoría ocupacional y régimen de contratación.⁹⁷

Categoría Ocupacional



Régimen de Contratación.



Código del trabajo: Asalariados con contrato laboral del sector privado.

Estatuto Administrativo: Asalariados del sector público con contrato de planta o a contrata.

Código Civil: subordinado con un contrato a honorarios **Independiente:**

Asalariado sin contrato escrito firmado. **Informal:** Empleadores, cuenta propia y familiar no remunerado.

⁹⁷ BREGA, Carla; PAEZ, Alexander; SÁEZ Benjamín, DURÁN, Gonzalo; "Informe Mensual de Calidad de empleo. Informe Nacional junio 2015". Ídem, pág. 14.

De estos gráficos la Fundación Sol resalta un hecho de gravedad, el cual es que *“el 53,6% corresponde a asalariados protegidos por el código del trabajo, y el 6,3% bajo el estatuto administrativo. Esto indica que el 40,1% del total del empleo no está protegida bajo ninguna norma laboral”*⁹⁸

Ahora, es necesario ver la cantidad de dependientes que se encuentran bajo la modalidad de contrato indefinido. En este punto nos gustaría ir unos años atrás y empezar con los datos ofrecidos por el informe de resultados de la Séptima Encuesta Anual Laboral realizada por la Dirección del Trabajo en el año 2011, con el fin de comparar. En esta encuesta se señala la cantidad y los porcentajes de los regímenes de contratación.

C u a d r o 4
Cantidad y distribución porcentual de trabajadores según tipo de contrato, según sexo.⁹⁹

⁹⁸ BREGA, Carla; PAEZ, Alexander; SÁEZ Benjamín, DURÁN, Gonzalo; “Informe Mensual de Calidad de empleo. Informe Nacional junio 2015”.idem. pág.13.

⁹⁹ Séptima Encuesta Laboral Encla 2011. Informe de Resultados Departamento de estudios de la dirección del trabajo. pág. 71

Tipo de Contrato	Hombres		Mujeres		Total	
	Cantidad	Porcentaje	cantidad	Porcentaje	Cantidad	Porcentaje
Indefinido	2.284.727	73,0%	1.449.800	80,0%	3.734.527	75%
Plazo Fijo Obra o Faena	339.461	10,8%	230.311	12,7%	569.772	11,5%
Honorarios	474.641	15,2%	107.557	5,9%	582.197	11,8%
Otros	26.809	0,9%	22.491	1,2%	49.300	1,0%
Total	5.505	0,2%	2.222	0,1%	7.727	0,2%
	3.131.142	100%	1.812.381	100%	4.943.523	100%

*Fuente: Encla 2011, Empleadores

En este caso, como se puede apreciar, había un universo total de 4.943.523 trabajadores dependientes, y de ellos el 75,5% tenía un contrato de trabajo indefinido, el contrato que más seguridad y beneficios laborales concede.

Al día de hoy, en el trimestre de marzo, abril, mayo, existe un universo de 5.932.640 trabajadores dependientes, y los porcentajes son los siguientes:

Cuadro 5
Indicadores de empleo Asalariado.¹⁰⁰

Indicadores Empleo Asalariado

	MAM 2014	MAM 2015
Porcentaje de asalariados con contrato escrito*	86,3%	86,2%
Porcentaje de asalariados con contrato definido*	29,1%	29,7%
Porcentaje de contrato indefinido*	70,9%	70,3%

*Sobre el total de asalariados.

Así, el porcentaje de asalariados con contrato indefinido es del 70,3%. Eso quiere decir que en menos de 4 años ha existido una disminución de asalariados bajo la modalidad de contrato indefinido del 5.2%.

2. Estadísticas sobre la indemnización por años de servicio. Asuntos preliminares

Como dijimos en capítulos anteriores, los requisitos para obtener la indemnización por años de servicios son:

- Tener al menos un año con un contrato de trabajo vigente, siendo este contrato de calidad indefinido, pero, para los términos de esta encuesta, el concepto de asalariado excluye al personal de servicio doméstico (actualmente corresponden a 315,40 y estos reciben una indemnización a todo evento).

¹⁰⁰ Boletín Empleo Trimestral período Marzo-Abril-Mayo 2015. Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadísticas. Edición 197 del 31 de marzo de 2015. Pág. 5

- Ser despedido por alguna de las causales del artículo 161 del código del trabajo. Del primer requisito sacamos dos conclusiones;

Así, llegamos a la conclusión que, a falta de convención, sólo los trabajadores asalariados con contrato escrito, pueden optar a la indemnización por años de servicio de forma legal. Tomando como excepción los trabajadores de casa particular, que reciben una indemnización a todo evento ya explicada.

2.1 ¿Todos los asalariados?

Solo aquellos que estén en el sistema privado, debido a que aquellos trabajadores del sistema público se les aplica otro sistema, el cual trataremos brevemente.

3. Trabajadores del Sistema Público.

Los empleados públicos se rigen por diferentes normativas, como el estatuto docente, pero existen tres normativas que rigen a la gran mayoría de empleados públicos:

- a) Estatuto administrativo de funcionarios municipales, ley n° 18.883
- b) DFL n° 29 del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto Administrativo.
- c) Subsidiariamente se les aplica el Código del Trabajo, en virtud del artículo primero inciso final del mismo.

En relación al tercer ítem, el sector público se excluye del Código del Trabajo porque el inciso segundo del artículo primero de este mismo código exceptúa su aplicación al Fisco, a las municipalidades y a las empresas, entidades o instituciones cuyos funcionarios y trabajadores se encuentran

sometidos a un estatuto legal especial. El inciso tercero de esta ley señala que los trabajadores de estas entidades se sujetaran a este código en aquellos aspectos no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que la normativa del Código del Trabajo no sea contraria a éstos.

Por otra parte, estas leyes especiales también contemplan situaciones en donde los trabajadores de servicios públicos son contratados bajo la normativa del Código del Trabajo por expreso mandato legal. En estos casos los trabajadores tendrían derecho a la indemnización por años de servicio.

En estos últimos años ha existido una clara discusión sobre la competencia de los tribunales laborales en estas materias; esto porque el artículo 160 del DFL n°29 establece que la acción de reclamo de los empleados regidos por los estatutos públicos cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el presente estatuto es ante la contraloría general de la república, en un proceso administrativo de naturaleza civil, y no laboral. Precisamente por esto, que el criterio que se ha seguido por los tribunales laborales es el de declarar su incompetencia cuando se trataba de litigios entre funcionarios municipales regidos por el estatuto, independientemente si estos eran de planta, contrata o a honorarios.

Ejemplos de lo señalado en el párrafo anterior constituyen dos sentencias:

La primera es una casación de forma y fondo de la Corte Suprema, “Molina Escalona, Erika con I. Municipalidad de San Pedro”, sobre nulidad de

despido por fuero maternal de trabajadora contratada a honorarios, pues dicho recurso dedujo al argumentar la incompetencia de los tribunales laborales para conocer sobre controversias entre empleados públicos, sin contar que la relación entre la demandante y recurrida, mantenía una relación de naturaleza civil, pues lo que existía era contrato de prestación de servicios a honorarios entre la demandante y la I. Municipalidad de San Pedro. En este recurso, la Corte Suprema declaró la incompetencia de los tribunales civiles, argumentado que las normas que regulan la jurisdicción de los tribunales son de orden público y por lo mismo, irrenunciables y en la causa, se estableció “[...] *que la vinculación que unió a las partes es de naturaleza civil, sin perjuicio que en ella se hayan hecho aplicables normas sobre protección de la maternidad, el tribunal laboral resulta incompetente para conocer del litigio que le fue presentado por la demandante.*”¹⁰¹

El segundo ejemplo es un recurso de unificación de jurisprudencia por la corte suprema, “Castillo con Intendencia Regional de la Araucanía”, sobre una demanda por vulneración de derechos fundamentales interpuesto por empleadores a contrata de una municipalidad que demandaban, de acuerdo al artículo 489 inciso tercero del código del trabajo, la indemnización por años de servicios con el recargo del artículo 168. Esta sentencia en sus considerando quinto y sexto establece que “[...] *este procedimiento de tutela laboral- se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por*

¹⁰¹ CORTE SUPREMA, recurso de casación en el fondo y en la forma; n° de ingreso: 3920- 2006, “Molina Escalona, Erika con I. Municipalidad de San Pedro”. Sobre nulidad de despido por fuero maternal. 11 de septiembre de 2007.

aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores que allí se precisan. Es decir, a la vinculación surgida en los términos de los artículos 7º y 8º del mismo texto legal y, en caso alguno, a la relación estatutaria a la que se someten los funcionarios públicos a contrata, cuyo contenido está dado por las disposiciones de su propio estatuto, esto es, Ley N° 18.834.¹⁰²

Este fue el criterio de la Corte Suprema durante largo tiempo, hasta el 30 de abril de 2014, en donde en sentencia de recurso de unificación de jurisprudencia de rol 10972-2013, un empleado deduce procedimiento de tutela laboral en contra de la Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast), solicitando reincorporación o en subsidio la indemnización por años de servicio del artículo 489. La sentencia establece en su considerando 13º que el régimen tutelar tiene como fin proteger a los trabajadores sin importar el estatuto bajo el cual se rigen, pues se enfoca a proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, y esto no depende de la normativa bajo la cual se encuentren los trabajadores. Además, agrega en su considerando 15º que “[...]En efecto, una vez entendido que la relación entre el funcionario público y el Estado es una relación laboral, aunque sujeta a un estatuto especial, no resulta procedente privar a los primeros de un procedimiento que está llamado a determinar el cumplimiento o la vigencia de derechos fundamentales en la relación de trabajo, por el sólo hecho de que las referidas normas asocien el término empleador a un contrato de trabajo -y no a

¹⁰² CORTE SUPREMA. Recurso de unificación de jurisprudencia, n° de ingreso: 1972-2011, “Castillo con Intendencia Regional de la Araucanía”, 5 de octubre del 2011.

un decreto de nombramiento- o se refieran al empleador como a un gerente o administrador, olvidando que el Estado, en su relación con los funcionarios que se desempeñan en los órganos de la Administración, ejerce funciones habituales de dirección -términos que utiliza el artículo 4ºcitado- como lo hace todo empleador, lo que no es incompatible con el hecho de que se trate de órganos destinados a desempeñar una función pública.”¹⁰³

Esta sentencia sin duda marca un antes y después respecto a la defensa de los funcionarios públicos, y una posibilidad de poder acceder a las indemnizaciones establecidas en el Código del Trabajo, incluyendo la indemnización por años de servicios gracias al artículo 489 siempre y cuando se cumplan los requisitos de la vulneración de derechos fundamentales explicadas en un capítulo anterior.

No obstante, y a pesar de la última sentencia de la Corte Suprema, en la reglamentación de los funcionarios públicos no existe la institución de indemnización por años de servicio, si no que la ley plantea diferentes casos, muy restringidos; los más conocidos son:

- 1) Funcionarios fiscales y municipales de planta que cesaren en sus cargos por supresión del empleo motivada por procesos de reestructuración o fusión, hasta con un tope de 6 meses. (Artículo 154 del Estatuto administrativo y 150 del estatuto municipal).
- 2) Profesionales de la educación del sector municipal a

¹⁰³ CORTE SUPREMA, Recurso de unificación de jurisprudencia; n° de ingreso 10972-2013, “Bussenius con Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast)”,. 30 de abril de 2014,

quienes se supriman sus horas docentes, con tope de 11 meses. (Artículo 73 del Estatuto Docente).

3) Los funcionarios de la salud municipal con contrato indefinido que cesen en sus cargos por disminución o modificación de dotaciones de salud, y con tope de 11 meses (artículo 48 letra i del Estatuto de Atención Primaria).

Por ende, podemos concluir que los trabajadores del sistema público, en este momento, y con la salvedad de los casos muy restringidos de los casos señalados anteriormente y los casos de vulneración a los derechos fundamentales, no pueden optar a la indemnización por años de servicios.

Por último, no podemos dejar la problemática de los trabajadores del sistema público sin mencionar una última sentencia de unificación de jurisprudencia de la corte suprema, de fecha primero de abril de 2015, en causa Nº 11584-2014, caratulada Vial con Municipalidad de Santiago; donde, por fallo dividido, se acoge una acción de nulidad de despido, otorgando todos los beneficios que se daría a alguien que fuera despedido injustificadamente por el código del trabajo, incluyendo la indemnización sustitutiva por el aviso previo y la indemnización por años de servicio recargada según el artículo 168 a favor de una persona que trabajaba para la municipalidad a honorarios de forma continua e ininterrumpidamente durante 4 años.

Esta sentencia señala que el artículo Nº4 de la ley 18.833 rige solo en los casos que se enmarquen a las situaciones que dicha norma prevé, y uno de los requisitos para que opere es que esas labores sean accidentales y que no

sean habituales de la municipalidad, tal como lo señala la norma. En su considerando número 9 resalta que en los casos que no se den estos elementos, entonces estas vinculaciones deben subsumirse en la normativa del Código del Trabajo, en el evento que se presenten los rasgos característicos de este tipo de relaciones – prestación de servicios personales, bajo subordinación y dependencia y a cambio de una remuneración, según ya se dijo-, no sólo porque la vigencia del Código del Trabajo constituye la regla general en el campo de las relaciones personales, sino porque: *“no es dable admitir la informalidad laboral y suponer que por tratarse de un órgano del Estado, que debe someterse al principio de la juridicidad, recogido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, puede invocar esa legalidad para propiciar dicha precariedad e informalidad laboral, la que por lo demás se encuentra proscrita en un Estado de Derecho.”*

Sin duda esta sentencia, en el caso que siga manteniéndose esta línea argumentativa, significara una mejora significativa de la calidad de protección laboral que tendrían los trabajadores a contrata del sector público, siempre y cuando tengan los recursos para entablar los juicios necesarios, hasta que el Estado les reconozca estos derechos sin necesidad de ir a tribunales.

4. Calculando el Números de trabajadores que pueden optar a la indemnización por años de servicio legal

Retomando el punto, habíamos señalado que solo los trabajadores asalariados del sistema privado podían acceder a la indemnización por años de servicios legal, siempre y cuando estos hayan trabajado un año como

mínimo, y que estos sean finalmente despedidos por el artículo 161 del código laboral.

En el trimestre de marzo, abril y mayo de 2015 “el empleo se distribuye en un 74,4% de asalariados (sector público, privado o servicio doméstico), un 20,2% de trabajadores por cuenta propia, 4,3% de empleadores y 1,2% de familiar no remunerado”¹⁰⁴

En números, el esquema más claro lo otorga el INE en su boletín de empleo trimestral:

Cuadro 6^{to}
Ocupados por Categoría en la Ocupación, Nivel nacional (miles de personas y porcentaje)¹⁰⁵

Categoría en la ocupación	MAM 2015	Variaciones 12 meses			Variaciones Trimestral		
		En miles	%	Incidencia	En miles	%	incidencia
Total	7.976,15	92,25	1,2	-	-12,12	-0,2	-
Empleadores	341,74	12,15	3,7	0,2	1,26	0,4	0,0
Cuenta propia	1.608,69	-25,20	-1,5	-0,3	24,68	1,6	0,3
Asalariados	5.617,24	130,14	2,4	1,7	-49,59	-0,9	-0,6
Personal de servicio Domestico	315,40	-9,74	-3,0	-0,1	11,26	3,7	0,1
Familia no remunerado del hogar	93,08	-15,10	-14,0	-0,2	0,26	0,3	0,0

Con el fin de poder obtener el número de personas protegidas por la indemnización por años de servicio legal debemos calcular el número de las siguientes estadísticas señaladas por la nueva encuesta laboral del trimestre de

¹⁰⁴ BREGA, Carla; PAEZ, Alexander; SÁEZ Benjamín, DURÁN, Gonzalo; “Informe Mensual de Calidad de empleo. Informe Nacional junio 2015”.ídem.,Pág 11

¹⁰⁵ Boletín Empleo Trimestral período Marzo-Abril-Mayo 2015- Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadísticas. Edición 197 del 31 de marzo de 2015. Pág. 4

marzo, abril y mayo de 2015. Los datos que nos sirven serían los siguientes:¹⁰⁶

- Total de Ocupados: 7.976,15.
- Total de trabajadores dependientes trimestre: 5.932,64.
- Total de Asalariados trimestre: 5.616,24.
- Personal de servicio doméstico trimestre: 315,40.
- Total de asalariados que corresponden al sector privado: 4.732,53.
- Total de asalariados que corresponden al sector público: 884,71.
- Total de trabajadores con contrato indefinido (contrato de trabajo escrito o por acuerdo de palabra): 3.951,26.

Nótese que según lo señala el INE sobre el periodo marzo, abril y mayo del 2015; *“Con respecto al total de Asalariados con contrato escrito, un 85,8% posee las tres prestaciones laborales (cotización previsional, cotización por previsión de salud y cotización por seguro de desempleo. [...]Por su parte, el 97,2% de los Asalariados con acuerdo de palabra no cuenta con ninguna prestación laboral social, registrando un incremento de 3,6% en doce meses”*.¹⁰⁷

De esto es presumible señalar que aquellos empleados indefinidos sin contrato escrito. Al momento de su despido no solo no recibirán alguna prestación laboral, sino que tampoco ninguna clase de indemnización, al menos no sin un litigio de por medio.

Por ende, el número que nos interesa sería la cantidad de personas ocupadas del sector privado con contrato escrito e indefinido, más el personal

¹⁰⁶ Todos estos datos están dados en términos de miles

¹⁰⁷ Boletín Empleo Trimestral período Marzo-Abril-Mayo 2015.op, cit. pág. 5

de servicio doméstico con contrato escrito, que pese a no ser una indemnización por años de servicio, si es un tipo de indemnización por despido.

Según lo que hemos estudiado, este número que buscamos debería asemejarse al índice de empleo protegido, que es la medición del porcentaje de asalariados con contrato laboral indefinido, con cotizaciones en previsión y seguro de cesantía, que según la Fundación Sol equivale a 3.300.485 empleados, correspondientes al 55,6% de asalariados, según este recuadro:

Cuadro 7^{to}
Número de Trabajadores asalariados con empleo protegido (EP), porcentaje de asalariados con EP e intervalos de confianza (LI: Límite inferior, LS: Límite superior) ¹⁰⁸

	Empleo Protegido	%EP	LI	LS
Total	3.300.485	55,6	55,0	56,3
Por Sexo				
Hombre	1.975.305	56,3	55,2	57,3
Mujeres	1.325.180	54,7	53,5	55,9
Por Tramo de Edad				
Entre 15 y 19 años	34.864	22,8	18,3	27,3
Entre 20 y 24 años	243.632	40,6	37,9	43,4
Entre 25 y 34 años	768.443	56,0	54,3	57,7
Entre 35 y 44 años	837.735	62,4	60,7	64,2
Entre 45 y 54 años	827.198	59,9	58,0	61,9
Entre 55 y 64 años	492.936	58,3	56,3	60,4
Mayores de 64 años	95.678	39,7	36,1	43,3

Sin embargo, a este porcentaje se deben descontar los empleos públicos.

Así, sintetizando, nos interesa:

¹⁰⁸ BREGA, Carla; PAEZ, Alexander; SÁEZ Benjamín, DURÁN, Gonzalo; "Informe Mensual de Calidad de empleo. Informe Nacional junio 2015". Op.cit., pág. 11

- Trabajadores Asalariados con contrato Escrito: 4.840,14 lo que equivale al 86,2% sobre el total de los asalariados.¹⁰⁹
- Trabajadores Asalariados del sector público con contrato escrito: 857,95. Convirtiendo las cifras en porcentaje, equivale al 15.2% del total de trabajadores asalariados.
- Trabajadores Asalariados del sector privado con contrato escrito: 3.982,19, lo que equivale al 70.8% sobre el total de asalariados.
- Porcentaje de asalariados con contrato escrito de duración indefinida: 70.3%. Convirtiendo el porcentaje en cifras totales, sería de 3.947.350 trabajadores.

Porcentaje de asalariados con contrato escrito de duración indefinida: 70.3%. Convirtiendo el porcentaje en cifras totales, sería de 3.947.350 trabajadores. De este número, debemos descontar el número de asalariados con contrato escrito que son del sector público que sean de duración indefinida, o de planta para este caso. Este dato por mucho que hemos investigado, y en virtud de lo compleja y esparcida que es la maquinaria estatal, no nos ha sido posible encontrar una cifra exacta; sin embargo podemos hacer una aproximación en virtud del informe de estadísticas de recursos humanos de la dirección de presupuesto del gobierno publicado en noviembre de 2014. Aunque este solo incluye al gobierno central, podemos aproximar el porcentaje al total. Este informe nos señala, entre otros datos, la cantidad de personas contratadas bajo las distintas modalidades:

¹⁰⁹ Los porcentajes están dados por cifras preliminares, pues si realizamos el cálculo manual, 86.2 debería equivaler a 5615,011

Cuadro 8^{to}
Personal Civil del Gobierno central según calidad jurídica. ¹¹⁰

Calidad Jurídica	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Planta	90,69	90,316	89,454	87.119	86.069	86.352	85.547	84.387	85.024	84.819
Contrata (a)	68.435	73,938	79.954	88.366	97.430	106.473	113.823	119.043	125.528	131.705
Código del Trabajo (b)	2.814	2.835	2.835	2.607	3.529	3.747	3.714	4.005	4.190	4.196
Honorario asimilados a grado	72	64	64	37	24	14	9	11	13	14
Total Gobierno Central	162.017	167.153	172.017	178.129	187.052	196.586	203.093	207.446	214.755	220.734

Notas:

(a) Incluye personal de planta, titular de un cargo, que conserva la propiedad del mismo pero que, a la fecha de la corte de la información, se desempeña en un cargo a contrata.

(b) Incluye Jornales Permanentes.

De este esquema se puede apreciar que entre los años 2010 hasta el 2013 el porcentaje de trabajadores de planta va en disminución, siendo el 2010 de un 42.12% hasta el 2013 de un porcentaje de 38.4%.

Aplicando el último porcentaje al total de empleados públicos conocido por nosotros, tendríamos que de 884.710 de trabajadores del sector público, un 338.576 aproximadamente sería de planta. Descontando este número al total de asalariados con contrato escrito indefinido nos daría un total de 3.608.774 trabajadores aproximadamente son potenciales para recibir la indemnización por años de servicio. Decimos potenciales en virtud de que para optar a esta indemnización deben ser además despedidos por el artículo 161 del código del trabajo.

4.1. ¿Qué porcentaje respecto del número de

¹¹⁰ Estadísticas de Recursos humanos del sector público. Dirección de Presupuesto. Gobierno de Chile, página 39.

trabajadores total, recibe indemnización por años de servicio?

Tomando en cuenta nuevamente la Nueva encuesta Nacional de Empleo, que señala que el número total de ocupados es 7.976.150, correspondería a un 45.2% del total de ocupados.

4.1.1. Estadísticas sobre los finiquitos.

Para estos datos, nos basaremos principalmente en los resultados de la Encuesta laboral (Encla) realizada el 2011 por el ministerio del trabajo, al no haber otras encuestas oficiales más actualizadas. Esta encuesta hace un seguimiento de los finiquitos y de las personas que recibieron la indemnización por años de servicio en un periodo de 12 meses, lo cual es extremadamente relevante para nuestra investigación. Esta encuesta presenta los siguientes datos:

Cuadro 9^{to}
Distribución porcentual de los contratos finiquitados en los {últimos 12 meses, por causal de término de contrato según tipo de empresa.

Causal de Término	Microempresa	Pequeña empresa	Mediana Empresa	Gran Empresa	Total
Renuncia voluntaria	38,5%	18,5%	20,3%	20,0%	20,2%
Mutuo acuerdo	9,4%	1,9%	2,1%	1,9%	2,1%
Vencimiento del plazo.	17,0%	20,2%	14,1%	19,4%	18,5%
Conclusiones de la obra	14,2%	47,0%	52,3%	37,5%	41,5%
Causales imputables al trabajador	4,5%	2,9%	4,5%	8,1%	6,5%
Necesidades de la empresa	15,4%	9,1%	6,1%	6,6%	7,1%
Otro motivo	0,9%	0,3%	0,5%	6,3%	4,1%
Total	100%	100%	100%	100%	100%

(b) Fuente: Encla 2011, empleadores

Cuadro 10^{to}
Cantidad de trabajadores que recibieron por años de servicio en los últimos 12 meses, por tipo de indemnización, sexo del trabajador, y tamaño de la empresa.¹¹¹

Tamaño de la Empresa	Legal		Pactada		Legal	pactada.	total
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Total Trabajadores		indemnizaciones
Micro-empresa	6.861	887	5.201	1.029	12.062	1.916	13.978
Pequeña Empresa	48.444	3.914	12.694	1.804	61.138	5.719	66.856
Mediana Empresa	30.897	4.189	7.682	1.513	38.580	5.703	44.282
Gran Empresa	89.613	116.664	46.116	11.747	135.729	128.411	264.141
Total	175.815	125.655	71.694	16.094	247.509	141.749	389.258

Sobre el primer elemento, es importante distinguir que en 12 meses, de todos los finiquitos que se dieron, solo el 7,1% fue por necesidades de la empresa, la cual es la causal para la indemnización por años de servicio.

Sobre el segundo cuadro, recordemos que en los tiempos de esa encuesta, los ocupados correspondían a 4.943.523, y solo un 75,5% (3.734.527) tenía contrato indefinido. Esto quiere decir que en los 12 meses previos a esta encuesta, el 56,2% (2.098.804 aproximadamente) de todos aquellos que tenían un contrato indefinido y finiquitado no recibieron la indemnización por años de servicio, aproximadamente un 42,5% del total de ocupados en ese tiempo.

5. Datos según la Administradora de Fondos de Cesantía

¹¹¹ Séptima Encuesta Laboral Encla 2011. Informe de Resultados Departamento de estudios de la dirección del trabajo., pág. 91.

5.1. Los fondos retirados por los trabajadores al finalizar su relación laboral.

Sin lugar a dudas, otra forma mucho más gráfica para retratar lo que sucede con nuestro mercado laboral, lo podemos obtener al revisar los datos del Seguro de Cesantía, aportados por la Administradora de Fondos de Cesantía, o AFC, la cual, nos brinda un panorama incluso más claro que las encuestas que hemos analizado, pues, por medio de sus datos podemos distinguir los contratos que han terminado, el tipo de contrato y la causal. Esa así, que hemos obtenido los siguientes antecedentes.

Cuadro 11^{er}o

Cantidad de trabajadores que teniendo contrato indefinido, su contrato terminó por la causal del artículo 161, invocada por el empleador, en relación a la masa total de trabajadores dependientes.¹¹²

Período	Despidos por art. 161	Total contratos indefinidos	Total Relaciones laborales terminadas
primer semestre 2014	19.802	284.203	669.757
segundo semestre 2015	18.806	256.898	587.881
primer semestre 2015	19.723	292.247	663.604
Julio a Septiembre del 2015	9.890	139.557	312.084
TOTAL	68.221	972.905	2.233.326

¹¹² “Número de solicitudes de prestaciones por cesantía aceptadas, según tipo de contrato, sexo del afiliado y causal de cese del contrato”, Periodo enero 2014 a septiembre del 2015. Portal de la Superintendencia de pensiones. [en línea]. Disponible en: <<http://www.spensiones.cl/>> y también en: <<http://www.spensiones.cl/safpstats/stats/pageCCEE.php?menu=sces&item=benef>>. [consultado 10 noviembre del 2015].

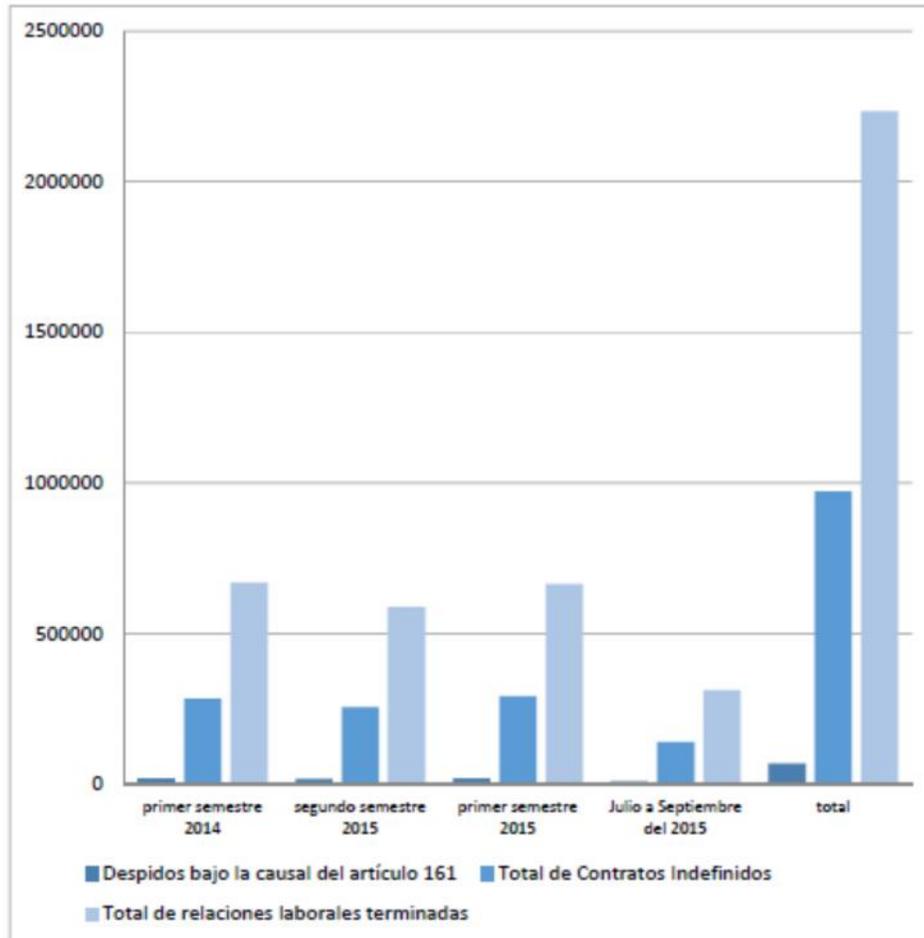
Para efectos de este trabajo, hemos tomado los datos de los últimos 21 meses, desde enero del 2014 hasta septiembre del 2015, y así tener un panorama más amplio de la movilidad en el mercado laboral chileno, constatando dramáticamente el pequeño porcentaje que corresponde a los trabajadores que obtienen la indemnización por años de servicio al término de su relación laboral

Los trabajadores cuyos contratos indefinidos terminan bajo las causales que dan derecho a la indemnización por años de servicio, sólo corresponden a **68.221 trabajadores**, de un universo de **972.905 trabajadores** que estaban con contrato indefinido, lo que corresponde a un **7,01%**, lo que se condice con los datos ya aportados por las encuestas ya analizadas. Por su parte, estos trabajadores que obtienen la indemnización en cuestión, corresponden a sólo **un 3,05%** del total de trabajadores que durante el periodo analizado vieron terminadas sus relaciones laborales.

Si graficamos esta situación, quedaría de la siguiente manera:

Cuadro 12^{er}o

Gráfico de barras que grafica los datos aportados en el cuadro número 10.



Sin embargo, la interpretación de estos datos, obvia un importante hecho, y es que no queda reflejado que se cumpla el segundo requisito de la indemnización por años de servicio, y esto es el periodo de tiempo mínimo necesario para transformar esta mera expectativa en un derecho exigible, lo que generaría una variante que, aunque marginal, disminuye a la larga la

cantidad de trabajadores que reciben indemnización por años de servicio, por ejemplo, en el mes de septiembre del 2015, 2.983 trabajadores con contrato indefinido tenían menos de 7 cotizaciones en el seguro de cesantía, frente a los 43.045 trabajadores que en ese mes, y teniendo contrato indefinido, finalizaron su contrato de trabajo. En igual mes, por su parte 3.013 trabajadores con contrato indefinido, vieron terminado su contrato de trabajo por la causal invocada por el empleador, del artículo 161, lo que deja en la incógnita, cuántos de estos trabajadores, al terminar su contrato de trabajo, no habían cumplido el tiempo mínimo de un año, para obtener la indemnización por años de servicio.¹¹³

¹¹³ “Número de solicitudes de prestaciones por cesantía aceptadas, según tipo de contrato, sexo del afiliado y causal de cese del contrato”, Periodo enero 2014 a septiembre del 2015. Portal de la Superintendencia de pensiones. [en línea]. Disponible en: <<http://www.spensiones.cl/>> y también en. <<http://www.spensiones.cl/safpstats/stats/pageCCEE.php?menu=sces&item=benef>>. [consultado 10 noviembre del 2015].

CAPITULO VIII: Conclusiones: PROGRESO HACIA UN SISTEMA MÁS INCLUSIVO.

1. Problemática actual de la institución.

1.1. La realidad de la Institución.

No es un misterio que la legislación laboral actual es deficiente, que ha dejado a los trabajadores en una situación de vulnerabilidad ante los empleadores; no es un misterio tampoco que el subempleo ha aumentado, que día a día, los derechos de los trabajadores son vulnerados y aunque la reforma procesal laboral¹¹⁴ vino a ser un respiro a un sistema anquilosado y que no tenía sino el fin de generar verdaderos juicios kafquianos imposibles de continuar por la mayoría de los trabajadores, que veían su única fuente de ingreso, atado por juicios eternos que terminaban, en mejor de los casos, años después de iniciarse el conflicto. Muy bien lo grafica esto el presidente de la Corte Suprema, en el discurso inaugural sobre el seminario de derechos Fundamentales, ya citado; nuestra legislación laboral actual es semejante a la que teníamos en principio del siglo XX.

¹¹⁴ SIGWEB. “Reforma Procesal Laboral” [revista en línea] disponible en <<http://www.sigweb.cl/>> y también en <<<http://www.sigweb.cl/biblioteca/ReformaProcesalLaboral.pdf>>> [consultado el 28 de junio del 2015.]

Por desgracia, este trabajo no tiene como fin analizar todo el sistema laboral, cuyas deficiencias pueden ser evidentes, sino, que nuestro objetivo es estudiar la casi mítica indemnización por años de servicios, que luego de tan largo peregrinaje, se lograron dilucidar los elementos esenciales de esta institución, pero, pasando a la práctica, la efectividad de esta – y no su legalidad- sólo puede ser entendida considerando sus alcances y efectos, entonces ¿Cuáles son los alcances y efectos reales de la Indemnización por años de servicio?.

Es una pregunta oscura, en virtud de que su naturaleza compleja, vuelve sus efectos también difíciles de apreciar, diluidos en la expectativa de alcanzar esta institución una solidez suficiente como para poder llamarla derecho sin tanta discusiones ni requisitos. Entonces recurrimos a las preguntas esenciales;

¿Qué se busca con la indemnización por años de servicio? Ya concluimos que su naturaleza jurídica parece dispersa, pues parece obedecer a muchas ideas, y por esto mismo, impide ser tipificada en una naturaleza, pero esto no es de extrañar cuando constatamos que la misma indemnización ha sufrido cambios tan dramáticos que es imposible identificar elementos similares entre la indemnización de antes del 1973, a la actual. Ambas, sin lugar a dudas, obedecen a motivaciones distintas, a naturalezas jurídicas distintas, pues, antes de 1973, la indemnización pertenecía a los trabajadores¹¹⁵, porque consistían en descuentos progresivos en las remuneraciones de los trabajadores, mientras

¹¹⁵ IHNEN MIRANDA G., “Jurisprudencia Administrativa sobre Indemnización por años de servicio para los obreros, Decreto con Fuerza de Ley nº243” pág. 23

que después de esta fecha, se transforman en meras exceptivas, como ya hemos estudiado al ver las obligaciones suspensivas.

Sin embargo, al día de hoy si podemos identificar su carácter fuerte de protección al empleo, asimilándolo como un costo para el empleador a la hora de despedir. El despido, por tanto, no sólo obedece al buen o mal desempeño de un trabajador en sus funciones (y no nos referimos a cuando el trabajador actúa de manera reprochable que constituye un despido por las causales subjetivas), sino al valor de este despido, que efectivamente desincentiva a los empleadores a terminar un contrato laboral.

1.1.1. **Costos del Despido.**

Mirando la relación laboral sólo desde la perspectiva económica, podemos explicarla como la prestación de servicios a cambio de una cantidad de dinero, llamada remuneración que convienen las partes; pero, esta relación es protegida por el Derecho Laboral, por las razones ya anunciadas en el primer capítulo. Sin embargo, no podemos apartarnos completamente de esta visión, porque a pesar de la protección y de las normas que buscan proteger a la parte más vulnerable en el contrato de trabajo, el Trabajo sigue siendo el motor de la economía de toda una sociedad, y visto de esta manera, la estabilidad de una empresa, a su vez, crea nuevos empleos.

Entonces, no es menos cierto que debemos considerar los costos del despido, y asumiendo esto observamos que la Indemnización por años de servicio es un elemento que obedece a un costo asociado a este, en razón de que es una medida de estabilidad laboral, prevista por el legislador.

Como costo asociado, cuando las razones del despido obedecen a las llamadas “necesidades de la empresa” (esta causal es por antonomasia la razón que da derecho a la indemnización, a pesar de no ser la única), es decir por la voluntad del empleador (también restringida, como lo ha señalado la doctrina y jurisprudencia) que en vista de los pro y contra, considera que es más eficiente prescindir de un trabajador que mantenerlo en su puesto de trabajo.¹¹⁶ De este análisis, surge la consideración de la indemnización por años de servicio, cuando se cumplen los requisitos, como un costo adicional a la desvinculación.¹¹⁷

Por otro lado, desde la perspectiva del trabajador, este despido consiste en el incumplimiento, por parte del empleador de la promesa de mantener la relación laboral,¹¹⁸ siempre y cuando, el trabajador desempeñe sus funciones con probidad.¹¹⁹ Sin embargo, para nuestra visión, no es comprensible ni viable considerar al despido como un injusto que genera una obligación de cumplimiento en equivalencia. Las relaciones económicas son dinámicas, y las decisiones que se toman para la mayor eficiencia de los

¹¹⁶ COLOMA, Fernando; FERNÁNDEZ, Viviana, “Los costos de despido: el efecto de las indemnizaciones por años de servicios”. Pontificia Universidad Católica de Chile, Instituto de Economía; Santiago 1992, pág. 17.

¹¹⁷ FUNDACIÓN SOL, “El trabajo como Centro de la Estrategia de Desarrollo”, [en línea] disponible en <<<http://www.fundacionsol.cl>>> también en <<<http://www.fundacionsol.cl/wpcontent/uploads/2011/03/El-Trabajo-como-centro-de-la-Estrategia-de-Desarrollo.pdf>>> [consultado el 20 de marzo del 2015]

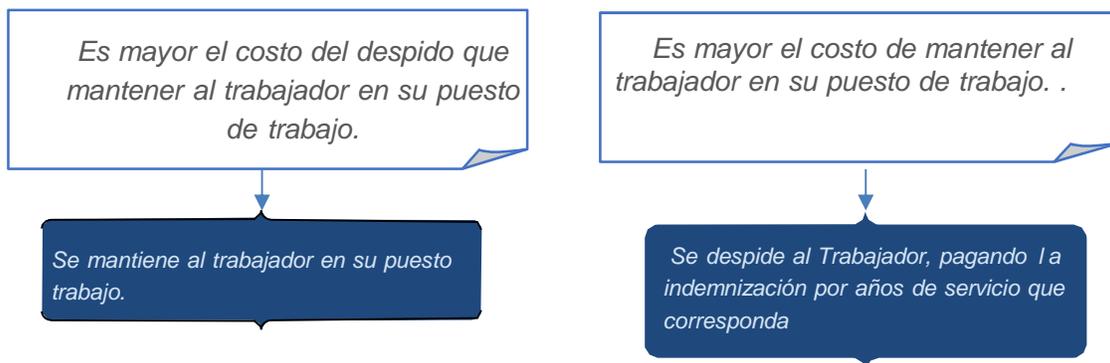
¹¹⁸ IRRARAZABAL, Felipe, “Introducción al análisis económico del derecho”, capítulo III, año 2002. Facultad de derecho, Universidad de Chile.

¹¹⁹ IRRARAZABAL, Felipe, “Introducción al análisis económico del derecho”, ídem.

recursos, cuando son permitidos por la Ley, como es el despido, no puede ser considerado como un injusto. Esta consideración sólo deriva de la desafortunada denominación que el legislador le ha dado a esta institución, que da pie para que sea confundida con la indemnización de perjuicios en sede civil.

Si bien, es cierto que el despido genera una situación de angustia e incertidumbre a los trabajadores, no pueden considerarse a estos como un injusto en sí mismo, cuando se ha justificado correctamente el despido; es por eso la necesidad de apartar cualquier consideración valórica que puede darse a un despido que sólo obedece a consideraciones económicas. No podemos olvidar nunca, que el trabajo es un bien que circula en el mercado.

Ahora bien, al considerar la indemnización, en los términos en que nuestra legislación la ha conformado, como un costo en el despido, es necesario estimar el siguiente esquema.



1.1.2. El papel que desempeña el derecho del Trabajo en el despido.

A pesar del análisis ya expuesto, y de la necesidad de erradicar juicios de valor al despido mismo, no es juicioso ni aceptable, abandonar las consideraciones proteccionistas que fundan la naturaleza y el fin del Derecho del Trabajo. La relación laboral es, siempre, la relación de quien tiene más poder, con quién lo carece (de ahí la importancia de los sindicatos, tan menoscabados por la legislación pos golpe, pues, estos venían a equilibrar las fuerzas que se conjugan en un contrato de trabajo¹²⁰).

No son pocas las voces que precisamente consideran que la indemnización por años de servicio, tal como está hoy en día, no sólo es un costo en el despido, sino que también es un costo al momento de contratar, pues, el empleador a la hora de crear nuevos puestos de trabajo, debe considerar al mismo tiempo que estos trabajadores tendrán contrato indefinido, y por tanto, una posibilidad – no exigible jurídicamente, pero si probable - de que al terminar su relación laboral, tenga derecho a la indemnización por años de servicio.^{121y122} Aunque cabe señalar que este mismo argumento se utiliza por los contrarios al sueldo mínimo y cualquier regulación que venga a impedir la

¹²⁰ FUNDACIÓN SOL, “El trabajo como Centro de la Estrategia de Desarrollo”, op.cit.

¹²¹ COLOMA, Fernando; FERNÁNDEZ, Viviana, “Los costos de despido: el efecto de las indemnizaciones por años de servicios”. op.cit. pág. 44.

¹²² SOLARI, Ricardo; RAPETTO, Andrea, “Nudos laborales y una estrategia de reforma” [Revista en línea] Centro de Estudios Públicos. número 324, Agosto de 2010. Disponible en <<www.cepchile.cl>> y en <<http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4653_2802/pder324_repetto_solari.pdf>> [consultado el 20 de enero del 2015].

libre circulación de los bienes en el mercado.

Sin embargo en nuestra legislación, las protecciones son deficientes; es de dominio público que la escasa legislación que existe en pro de negociaciones colectivas y sindicatos, dificulta cualquier tipo de protección a los trabajadores, que están inmersos en un sistema que privilegia la mayor rentabilidad, sobre cualquier otro elemento, como por ejemplo, los salarios. Por eso es imposible desconocer que la indemnización por años de servicios, siendo un costo, es también la forma en que el legislador intenta proteger efectivamente al trabajador. Sin embargo como hemos visto ya latamente, está tan limitada, que no es más que un especie de fantasma que sólo existe como expectativa, tanto para trabajadores y empleadores, y los pone en un juego de ajedrez; para el empleador, una posibilidad que debe ser esquivada, y para el trabajador, una futura ganancia que debe ser mantenida, incluso a costa de mejores opciones laborales.

1.2. Relaciones y situaciones que se generan al momento del despido o la renuncia.

Abuso de los contratos a plazo, abuso de la subcontratación, sueldos deficientes, abuso de los contratos part-time, son sólo, por mencionar algunos de los subterfugios que algunos empleadores adoptan para limitar lo más posible los derechos de los trabajadores¹²³. Así mismo lo señala Infante y Sunkel: *“En el período 1990-2006 aumentó la precariedad laboral; los trabajadores asalariados sin contrato se incrementaron del 14,3% al 17,3% del*

¹²³ SOLARI, Ricardo y RAPETTO, Andrea, “Nudos laborales y una estrategia de reforma” ídem.

*total, los que no cotizan en la seguridad social se mantuvieron en torno al 33%, creció la importancia de los contratos de corto plazo y la rotación de los puestos de trabajo continuó siendo elevada”.*¹²⁴

Año a año, el subempleo aumenta, cada año más y más trabajadores se encuentran en puestos de trabajo que sólo les ofrecen menor jornada, estando dispuestos a jornadas completas, sin contar los despidos arbitrarios, en donde se busca evitar siempre, los pagos que por ley les corresponden a los trabajadores.¹²⁵

Sin embargo, desde la perspectiva de los trabajadores, surgen también muchas situaciones que no son provechosas para la misma empresa, ni para la convivencia entre los trabajadores, pues, surgen dos problemas, el primero, que muchos trabajadores, ya cumplido los 11 años desean ser despedidos, disminuyendo su productividad, pues consideran que ya esos años no serán retribuidos; en segundo lugar, algunos trabajadores dejan pasar mejores opciones laborales cuando han pasado cierta cantidad de años en un único empleo¹²⁶, o por lo contrario, la existencia de una alta rotación laboral que

¹²⁴ INFANTE, Ricardo y SUNKEL Osvaldo; “Hacia un desarrollo más inclusivo: el caso de Chile.” Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2009; pág. 34. Si bien esta cita utiliza datos del año 2006, no es menos cierto que la situación sigue igual hasta nuestros días, y así lo revela la cita inmediatamente posterior a esta.

¹²⁵ SIGWEB. “Radiografía a la Rotación Laboral” [revista en línea] disponible en <<http://www.sigweb.cl/>> y también en <<<http://www.sigweb.cl/biblioteca/RadiografiaRotacionLaboral.pdf>>> [consultado el 28 de junio del 2015.]

¹²⁶ MARTINEZ RIVERA, Jorge Ramón, “Estudio de Economía y Legislación laboral”, Tesis

hace que muchos trabajadores renuncien y dejen de percibir la indemnización por años de servicio, pues “[...]el sistema de indemnizaciones por años de servicio alienta la proliferación de contratos a plazo fijo, lo que impide a los trabajadores acumular experiencia y nuevas destrezas.”¹²⁷

A la larga, la indemnización por años de servicio, y como ya lo hemos visto en el capítulo anterior, realmente beneficia a un porcentaje minoritario de nuestros trabajadores, y se da principalmente porque el sistema actual que regula las normas laborales, permite a los empleadores eludir el pago de este beneficio, entonces ¿realmente cumple efectivamente una función protectora la indemnización por años de servicio, como dice el señor Martínez, secretario de la CUT? Lo cierto es que esto estará relacionado con la función que el legislador le ha dado, realmente, a esta institución.

1.3. ¿Finalidad de la Indemnización por años de servicios?

Ya concluimos que no es posible asignarle, desde un punto de vista jurídico, la calidad de prestación previsional a la indemnización por años de servicio, puesto que su fuente es una prestación laboral, además de existir un seguro de cesantía que cumple esta función, ratificando aún más, la teoría de que esta institución es una forma de proteger la estabilidad laboral del trabajador, pero, como vimos, en el quehacer cotidiano, esta finalidad no se cumple, al contrario, parece ser esta institución precisamente una razón que motiva a algunos empleadores para eludir la estabilidad de sus empleados, sino, no seríamos testigo de la realidad que queda tan cruelmente graficada en

para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2012., pág. 99.

¹²⁷ SIGWEB. “Radiografía a la Rotación Laboral”, ídem.

las encuentras que hemos estudiado.

Por otro lado, lo cierto es que la naturaleza jurídica de una institución no solo depende de su contenido normativo, sino de las consecuencias prácticas que acarrea, es decir, a pesar de lo dicho anteriormente, no es menos cierto que esta indemnización también cumple una especie de finalidad de protección al trabajador, no sólo como un desincentivo del despido, sino para cubrir el tiempo en que este se encuentre en situación de cesantía, sin embargo, su fuente, como dijimos, no es la cesantía, y aquí nos encontramos con una pregunta que la doctrina ha intentado responder; ¿por qué razón un trabajador tiene derecho a la indemnización por años de servicio?

Luego de tantas modificaciones, ya no es posible establecer una causa que la motive con claridad. El nacimiento de este derecho, sino fuera por la obligación que establece el legislador, pareciera nacer por un acto de mera potestad del empleador, que decide poner término al contrato de trabajo, aludiendo la causal de necesidades de la empresa y a su vez, asumiendo el “costo” del despido; por tanto, a la hora de determinar cuál trabajador despedirá, lo hará considerando cuánto costará este despido, sin considerar la calidad del trabajador. Podría ser considerada por tanto una apuesta para los trabajadores, pues, siempre y cuando no incurran causales de los artículos 159 y 160 del código del trabajo, mantienen un rol pasivo en el hecho que da lugar a la ganancia o pérdida, mientras que desde el punto de vista del empleador, raya en una obligación meramente potestativa suspensiva del deudor, la que en términos muy sencillos, sería nula, aunque esto no se

aplicaría en este caso, pues es el mismo ordenamiento jurídico el que permite tal posibilidad para el empleador¹²⁸

Es una situación macabra, pues, un trabajador, a contrato indefinido, que desempeñe óptimamente sus funciones, pero que lleve menos tiempo que otro trabajador, el cual no se desempeña con tanto esmero como el primero, tiene mayores posibilidades de ser despedido ante la restructuración de la empresa, ¿podemos seguir argumentando que la indemnización por años de servicio es inocua y protege a los trabajadores por igual? A todas luces parece que no, y necesita una modificación con urgencia.

Además, es a nuestro considerar, que si la indemnización por años de servicio fuera un beneficio para los trabajadores. ¿Por qué solo algunos trabajadores pueden acceder a este beneficio? El mercado laboral es diverso, cuanto más se han diversificado las actividades económicas, más diversos se han vuelto los trabajos y la forma de contratación; ¿acaso no es la función del Derecho Laboral buscar las medidas que protejan a los trabajadores sin importar la actividad que desempeñen? Si el objetivo de la norma es la estabilidad laboral, estas medidas deben apuntar a la mayor parte de los trabajadores, y abarcar como un beneficio efectivo a la mayor cantidad de ellos, y no ser una mera expectativa como es actualmente.

Aunque tampoco podemos olvidar la experiencia danesa sobre la flexiseguridad que hemos visto, lo que significaría sincerar nuestras relaciones laborales; olvidar el concepto de estabilidad en el empleo, y abrazar el concepto

¹²⁸ MEZA BARROS, Ramón, "Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones" Tomo I, 9ª, Edición; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pág. 236 y sigs.

de estabilidad en el trabajo, garantizado por el mismo Estado, el cual reconoce la libertad de las empresas para contratar y despedir trabajadores, pero a su vez, reconoce el derecho a los trabajadores a encontrar empleos, generar recursos, y perfeccionarse para poder ser más competitivos en el mercado laboral, porque no es menos cierto que cuanto más preparado esté un trabajador, mayor posibilidad tendrá de obtener mayores remuneraciones. Sin embargo, siendo realistas, alcanzar el desarrollo deseado requeriría una modificación no sólo a nuestro sistema legal, sino que de la misma sociedad, porque el trabajo en conjunto de los sindicatos y las empresas lograron el ejemplo en Dinamarca.

2. Alternativas a la Indemnización por años de Servicio.

2.1. ¿Cuál sería una salida?

Si la finalidad del derecho laboral es buscar la protección de los trabajadores, al mantener la estabilidad laboral, sus instituciones deben intentar alcanzar a la mayor cantidad de trabajadores, pero como vimos en las estadísticas, menos del 60% de la masa laboral tiene contratos indefinidos. Sin embargo, si seguimos la idea de que es una manera de evitar que los empleadores despidan a sus trabajadores, sería muy efectiva, porque, según el cuadro noveno, sólo el 7,1% de los trabajadores finiquitados fueron hechos por la causal de necesidades de la empresa; esto quiere decir, que solo este porcentaje cumple los requisitos para que nazca este derecho. Sólo el 7,1% de todos los trabajadores despedidos, y esto es muy claro en las estadísticas sobre permanencia en los puestos de trabajo, en donde la rotación constante de trabajadores es la tónica. Lejos han quedado los años en donde lo común eran

trabajadores que se mantenían en sus puestos de trabajo por largos años, actualmente, esta situación es en realidad una excepción a la regla.

En tal sentido, es necesidad del Derecho el recoger las nuevas situaciones, y claro está, también transparentar la problemática del despido. Si el mismo sistema ampara resquicios para evitar proteger a los trabajadores con las pobres normas que contamos en nuestra legislación, no podemos pretender que las normas que buscan persistentemente mantener la estabilidad, vayan en contra de los principios neoliberales que recoge nuestro derecho del trabajo. Se debe asumir que no tenemos un sistema proteccionista, sino sólo uno de libre despido atenuado; coincidimos en este análisis con el profesor Melis.

Es por esto, que ampliar el campo de visión y abandonar monolitos jurídicos que no sirven para la finalidad en que fueron pensados es primordial, pero en este punto nos encontramos con la pregunta ¿qué sistema podríamos adoptar?

2.2. Seguro de Cesantía.

La OIT, recomienda o un sistema de indemnización por años de servicio o un seguro de cesantía robusto, según la situación de cada país. Lo cierto es que ambas instituciones obedecen a fuentes distintas; mientras que el seguro de cesantía obedece a la situación de cesantía misma del trabajador, siendo una prestación de seguridad social; la indemnización por años de servicio obedece a prestaciones laborales, y no de seguridad social. Sin embargo en Chile, como ya hemos argumentado, obedece más a un costo asociado al despido; es decir, no nace por alguna cualidad especial de

trabajador, o porque la legislación estima que debe resarcir algún tipo de daño, o porque es un premio, sino, simple y llanamente obedece al costo mayor que debe pagar el empleador para despedir a un trabajador, contemplado por el legislador, que busca, como objetivo principal, disuadir al empleador del despido de sus empleados que cumplen los requisitos de la indemnización por años de servicio.

Es en este escenario que un sistema como el de flexiseguridad que hemos hablado, parece realmente prestar las herramientas necesarias para que los trabajadores logren sortear el tiempo de cesantía, y también el de perfeccionarse para ser más competitivos. Es decir, implementar un seguro de cesantía mucho más robusto, parecer ser una salida lógica y propio de los países desarrollados, que apartan consideraciones de “costos”, en el despido, dejando que sólo los méritos pesen a la hora de tomar la decisión de terminar un contrato de trabajo, y no sólo el tiempo en que un trabajador pudo o no permanecer en un puesto de trabajo.

Chile ya consta con un seguro de cesantía, que cubre bastante pocos meses de cesantía, y claramente no brinda una salvaguarda a los trabajadores en situación de cesantía, por otro lado, tampoco existen políticas reales de perfeccionamiento, de los trabajadores, pues, las que existen sólo son a nivel municipal, y buscan perfeccionar a aquellas personas sin títulos académicos, es decir, sólo otorgan mínimas posibilidades de perfeccionamiento que no son una salida real que permita a los trabajadores optar a mejores trabajos dependientes, sino, sólo a trabajos básicos que cuyas remuneraciones no

superan el sueldo mínimo.

2.3. Seguro ante todo evento.

Hasta 1973, un seguro ante todo evento era lo que existía en nuestra legislación, los descuentos que se hacían a los trabajadores, les pertenecían, y por tanto, su función y naturaleza era clara: ser pagos progresivos de renta, o renta retenida, en donde el empleador no se hacía cargo de este costo, y la indemnización que los empleados (los obreros tenían otra modalidad pero obedecían a los mismos principios) era alcanzada por la mayoría de los trabajadores, sin importar la causal que se invocase para el despido. El mismo sistema tienen actualmente las trabajadoras de casa particular (con la diferencia del financiamiento, que es a cargo del empleador), entonces ¿realmente es tan descabellado plantear una posición así? La SOFOFA había hablado en estos términos, y aunque recibió el rechazo de la CUT, lo cierto es que en este mismo sentido era la legislación antes de 1973, a la que no pocos miran con nostalgia.

Tener como enfoque la indemnización por años de servicio como una renta progresiva, es en realidad reconocer a la indemnización como un derecho, y claramente no sería incompatible con el seguro de cesantía, pues, ambas obedecen a razones distintas, aunque nazcan como derecho por un mismo hecho.

Es más, hasta 1990, se reconocía la posibilidad de un pago anticipado de esta indemnización, es curioso que con la llegada de la Democracia, lo que hasta ese momento tenía una configuración de derecho para los trabajadores, más o menos exigible, con posterioridad a esta fecha, se transformó en sólo una mera expectativa.

3. Consecuencias del cambio o eliminación de la Indemnización por Años de Servicio.

3.1. ¿Renuncia de un Derecho? Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales adquiridos.

Sólo podríamos hablar que se renuncia a un derecho, cuando este se encuentra dentro del patrimonio de una persona y puede hacerlo exigible, incluso, cuando este derecho está sujeto a una condición suspensiva, el germen de derecho presente en el patrimonio del acreedor es suficiente para que el derecho prevea herramientas para proteger el nacimiento y exigibilidad de este derecho.¹²⁹ Es decir, mientras el derecho no nace, no hay titularidad de este, y por tanto, no existe propiedad sobre él. Esto es lo que sucede con la indemnización por años de servicio, que no es un derecho siquiera para los trabajadores con contratos indefinidos; para estos, sigue siendo una mera expectativa hasta que la relación laboral se termine por las causales que da pie al nacimiento de este derecho.

Jurídicamente hablando, por tanto, no es posible hablar de un derecho en estricto rigor, debido a que no se produce protección alguna a este, incluso a nivel normativo, al no tener el empleado acciones para exigirlo hasta que se cumplan todos sus requisitos. La única excepción se da por su irrenunciabilidad, producto de la naturaleza del derecho laboral que genera a la larga un contrato dirigido¹³⁰, al poseer normas imperativas como base de sus cláusulas, y que no

¹²⁹ Artículo n° 1492 inciso tercero del Código Civil.

¹³⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. El contrato dirigido. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, [S.l.], v.6, n. 21-24, ene. 1940. Disponible en: <<http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4164/4057>>. [consultado el 30 ago. 2015].

pueden ser modificados para generar menos beneficios por las partes. No se puede incorporar normas contrarias a las reglas de la esencia del contrato de trabajo, bajo sanción de nulidad por objeto ilícito “*Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno*”.¹³¹

Pero a pesar de esta protección que ataca la nulidad de una cláusula específica, - no así del contrato que se conserva, por el principio de conservación de los actos jurídicos¹³² -, no puede ser considerado como un reconocimiento ex ante de un derecho para los trabajadores, sino sólo como el reconocimiento a la posibilidad de que este derecho nazca, siendo una norma de Orden Público, alejada de la voluntad de las partes.

No obstante, a pesar de esta consideración jurídica, los trabajadores si lo consideran como un derecho. Puede ser porque la mera expectativa es suficiente seguridad ante la incertidumbre que se ven ante la posibilidad del despido, aunque a nuestro considerar está más relacionado a la naturaleza jurídica y la forma de operar que tenía la indemnización por años de servicio, antes de las modificaciones durante la Dictadura y el periodo de transición. Esta institución quedó en la memoria de nuestros trabajadores como un derecho y un reconocimiento a su labor en una empresa, y así ha sido transmitido a las nuevas generaciones, apartándose sin lugar a dudas de la realidad actual de la indemnización por años de servicio, desde el punto de vista jurídico.

3.2. Impacto social del cambio o eliminación de la institución por Años de Servicio.

¹³¹ Código Civil, artículo 1462.

¹³² HINESTROSA, Fernando, “Eficacia e Ineficacia del Contrato”; Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1999, pág. 154.

A pesar de todo lo dicho, y que diversos organismos hagan voces sobre la problemática que se produce con la indemnización por años de servicio, lo cierto es que la institución está tan arraigada en el ideario de los trabajadores, que cualquier modificación puede producir más incertidumbre que alegrías; pero tampoco se puede ignorar que ésta institución ha sido modificada muchas veces, y en la mayoría de estas, se ha conservado el derecho a elegir entre dos sistemas. Hoy día; cambiar este beneficio, ya sea por un seguro ante todo evento o un seguro de cesantía más robusto podría motivar a mayores despidos o renunciaciones, causados por los trabajadores, con tal de obtener condiciones más favorables para ellos. Por esto es necesario el idear medidas de transición, como por ejemplo el reconocimiento de los años de servicio para el trabajador al que se le ofrezca la opción de cambiar de contrato de trabajo.

Empero siempre será piedra de tope la falta de interés de quienes tienen la posibilidad de generar cambios que sean de provecho para los trabajadores. No es menos cierto que las voces por un cambio, incluso en el mismo gremio de los empleadores, no pueden acallarse. Mientras tanto en Chile se continúa una política de gestión de aumentar de manera grotesca las utilidades; de esto tenemos prueba en el último encuentro de empresarios y emprendedores.

La falta de interés, la ambición desmedida y el interés de mantener un status quo no hace más que estancar al país en un desarrollo sólo aparente, porque los niveles de desigualdad siguen siendo uno de los más altos de la región, a pesar de que nuestro per cápita sea similar al de los países desarrollados.

EPÍLOGO: LA FUNCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN ¿SE CUMPLE?

La virgen que se encuentra en el altar, admirada por muchos, pero que pocos pueden tener acceso a ella, así es como se perfila, en la realidad, la indemnización por años de servicios.

Lejos de ser una real medida de protección a los trabajadores, incluso de estabilidad en el empleo, en este sistema de libre despido atenuado; parece ser más bien motivo para exacerbar la desprotección para los trabajadores, quienes mantienen relaciones laborales deficientes, como son los contratos a plazo, o incluso, contratos a honorarios o una sociedad de hecho, subterfugio que se utiliza para evadir la responsabilidad de los empleadores para con sus trabajadores.

Nuestro sistema es de libre despido atenuado, que dicho sea de paso, es bastante mediocre, porque por una parte establece causales de despido, que no es sino rasgos de los sistemas donde se privilegia más el sistema de estabilidad en el empleo; pero por otra; tiene causales tan genéricas y amplias que su interpretación ha quedado en manos de los tribunales, judicializando los conflictos entre trabajadores y empleadores, sin instaurar sistemas de mediación más efectivos que los actuales; esto queda graficado incluso en la forma en que se resuelven los conflictos en tribunales a través de conciliaciones, es decir, se moviliza todo el aparato judicial para conseguir una

resolución que pudo ser alcanzada por otros medios, en especial, si las fuerzas de empresarios y trabajadores se vieran equilibradas por sindicatos más empoderados.

El Derecho, por desgracia, siempre es reactivo a los cambios que la sociedad experimenta, y su deber es recogerlos para poder amparar y organizar las nuevas relaciones que se crean y que tienen interés jurídico; aunque también puede crear nuevas formas de comprender las relaciones, ordenando y creando nuevas conductas; esto sin embargo, no se da cotidianamente en el derecho del Trabajo, pues, su propia génesis es la de responder a los movimientos sociales que exigían más derechos. Por eso no es de extrañar que nuestra institución no responda a la realidad chilena, y es esto lo que sucede con la indemnización por años de servicio. A nuestra opinión, argumentar lo contrario, y defenderla incluso irrestrictamente, revela la ceguera en virtud de una carga ideológica en el desarrollo de esta institución que no se condice en los efectos reales que produce a los trabajadores.

En términos sencillos, la indemnización por años de servicio es un fracaso como medida de protección de los trabajadores ante el despido; y como costo en el despido, vicia completamente lo que es este, que, lejos de ser un acto dañoso, es parte de la economía y una eventualidad. Tratarlo de esta manera levanta los velos y las consideraciones prejuiciosas del mismo. Plantear la relación laboral como una relación de mutua colaboración entre trabajadores y empleadores, amplía las posibilidades de desarrollo sustantivo en una sociedad, en donde los sueldos se van incrementados autónomamente, y no es

el Estado el llamado tan sólo a buscar el bienestar de la sociedad, sino también el de la sociedad en su conjunto.

Por todo lo anteriormente dicho, es más que necesario modificar la indemnización por años de servicio, por un sistema más inclusivo, que realmente sea un derecho de los trabajadores y busque la protección de estos, y en especial el perfeccionamiento del capital de trabajo, es decir las habilidades de los empleadores, y que, a la larga, produzca un desarrollo armónico de toda la nación, en su conjunto, y no sólo de los dueños de los medios de producción, cortando de raíz este país que parece tener dos personalidades, por un lado, el Chile desarrollado, con rascacielos de vidrio y por otro, el Chile periférico, en donde el sueldo apenas alcanza para la subsistencia de una familia. Pero para esto, hace falta mucho; no solo tiempo, sino cambios de conciencia. Quizás la reforma laboral orientada en robustecer el quehacer sindical, ayude, pero para esto, los sindicatos también están llamados a no considerar a los empleadores como el enemigo, sino como aliados. Especial importancia tiene en este elemento el sistema previsional, que no es tema de nuestra investigación, pero del cual conocemos que en temas de distribución genera una crisis profunda, ayudando a incrementar los efectos negativos de ciertas instituciones, como la indemnización por años de servicio (en este caso, al tener a gente que no desea seguir en el mercado laboral, a verse en la obligación de seguir trabajando).

Falta mucho trabajo, y este trabajo no busca más que poner en evidencia la necesidad de empezar a hacer cambios, aunque sean pequeños.

BIBLIOGRAFÍA.

- Abeliuk, René. Las Obligaciones, tomo I, 5ta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1993.
- Ackerman; Mario E., Tosca, Diego M. "Tratado de derecho del trabajo"; Tomo I; Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires; 2005.
- Auer, Peter; "Seguridad de los mercados laborales: combinando flexibilidad y seguridad para el trabajo decente"; OIT: Análisis e Investigación del Empleo;
- Alessandri Rodríguez, Arturo. El contrato dirigido. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, [S.l.], v. 6, n. 21-24, ene. 1940. Disponible en: <<http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4164/4057>> [consultado el 30 ago. 2015].
- Baylos, Antonio - Pérez, Joaquín., El despido o la violencia del poder privado (Madrid, Trotta, 2010).
- Bronstein, Arturo, La protección contra el despido arbitrario en derecho comparado del trabajo, en Derecho del Trabajo: normas y realidad (Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1993).
- Blancas Bustamante, Carlos, Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral; Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Revista de Derecho, N° 68, 2012; pp. 383-402; Lima; 2012.
- Benavides Fritism Carlos; "El despido en la nueva justicia laboral" Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, Chile, 2010.
- Benven A Evelyn; Gana C. Pamela; Ojeda A. Susana; Poblete H. Isabel; Valenzuela C. Dagoberto "SEGURO DE CESANTÍA EN CHILE," Superintendencia

de Valores y Seguro. Septiembre 2010 Diseño e Impresión, Gráfica LOM.

- Boletín Empleo Trimestral período Marzo-Abril-Mayo 2015- Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadísticas. Edición número 197 del 31 de marzo de 2015.
- Brega, Carla; Paez, Alexander; Sáez Benjamín. Durán, Gonzalo; “Informe Mensual de Calidad de empleo. Informe Nacional junio 2015”. Fundación Sol, Santiago de Chile.
- Caamaño Rojo, Eduardo, Seguro de cesantía y promoción del empleo, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 24 (2003).
- Cisternas, Lamberto, “Nueva Legislación laboral: comentarios y textos”; Comercial Rerum, Santiago, año 1979.
- Coloma, Fernando; Fernández, Viviana, “Los costos de despido: el efecto de las indemnizaciones por años de servicios”. Pontificia Universidad Católica de Chile, Instituto de Economía; Santiago 1992,
- Consejo asesor presidencial: Trabajo y equidad. “Informe Final Comisión Meller” Mayo 2008, Santiago de Chile. Pág 76. [En Línea] Disponible en <<http://es.scribd.com/>> y también en <<http://es.scribd.com/doc/55658517/Comision-Meller-Trabajo-y-Equidad-Informe-Final#page=77>> [consultado el 18 de septiembre del 2014].Comisión Trabajo y Equidad [comisión Asesora de la Presidenta Bachelet y que convocó a diversos especialistas] Informe Final, agosto de 2008, [visible en internet:http://www.ciedessweb.cl/.../informe_final_trabajo_equidad.pdf].
- “Combinar flexibilidad y seguridad en la perspectiva del trabajo decente”; Consejo de Administración de la OIT; Reuniones, Documentos y Relaciones Oficiales; 2009.
- “¿Cómo continuar avanzando hacia el desarrollo? Propuestas para una política nacional de empleo”, ETD y Oficina de Países de la OIT para el Cono Sur de

América Latina. 2009.

- Cooperativa [en línea] Santiago de Chile, Periódico, publicación diaria, disponible en: <<http://www.cooperativa.cl/>> disponible también en: <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/trabajo/proyectos/reforma-laboral-sofofa-propone-eliminar-indemnizacion-por-anos-de-servicio/2015-03-02/140346.html>>[fecha de consulta 22 de agosto de 2015].
- Corlazzoli, Juan Pablo. "Estructuración e ideología de los regímenes militares en América Latina, los casos de Brasil, Chile y Uruguay", Tesis de Licencia en Sociología, U. Católica de Lovaina, 1978.
- Corte Suprema, Cuarta Sala. Sentencia recurso de Unificación de jurisprudencia, caratulado "LORCA NELDA Y OTROS con ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE ARAUCO" rol 5062-2010, de fecha 30 de septiembre de 2010.
- Corte de Apelaciones, Recurso de nulidad caratulado González con Compass Servicios S.A. Rol 212-2010, 2º Juzgado del Trabajo de Santiago: Rit M-787- 2009.
- Corte Suprema, Rol N° 7362-2010, autos "Zúñiga Núñez con Transportes Aéreos del Mercosur S.A.,; de 30 de noviembre de 2010,
- Corte Suprema, recurso de casación en el fondo y en la forma; n° de ingreso: 3920-2006, "Molina Escalona, Erika con I. Municipalidad de San Pedro". Sobre nulidad de despido por fuero maternal. 11 de septiembre de 2007.
- Corte Suprema. Recurso de unificación de jurisprudencia, n° de ingreso: 1972-2011, "Castillo con Intendencia Regional de la Araucanía", 5 de octubre del 2011.
- Corte Suprema, Recurso de unificación de jurisprudencia; n° de ingreso 10972-2013, "Bussenius con Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast),". 30 de abril de 2014,
- De la Cueva, Mario, El nuevo derecho mexicano del trabajo. Editorial Porrúa,

México, 1978,

- División de Estudios de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones; “Normativa sobre seguro obligatorio de cesantía”; Gobierno de Chile, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, División de Estudios, Santiago, Chile, 2007.
- Dictamen de la Dirección del Trabajo “Indemnización legal por años de servicio Base cálculo Colación y movilización”. 6305/418 de fecha 21 de diciembre del 1998.
- Dictamen de la Dirección del Trabajo “Indemnización legal por años de servicio Base de cálculo Colación. Indemnización sustitutiva Base de cálculo Colación”. 5159/298, de fecha 11 de octubre del 1999.
- Drake, Paul W; “El Movimiento Obrero en Chile: de la Unidad Popular a la Concertación” revista de Ciencia Política, Volumen XXIII, nº2/200,
- Echeverría Tortello, Magdalena, “La historia inconclusa de la subcontratación: y el relato de los trabajadores” División de Estudios, Dirección del Trabajo, Santiago de Chile, 2010.
- El Nortero [en línea] Antofagasta, diario virtual, publicación diaria, disponible en: <<http://www.elnortero.cl/>> disponible también en <<http://www.elnortero.cl/noticia/economia/cut-antofagasta-es-inaceptable-propuesta-de-eliminar-indemnizacion-por-anos-de-serv>> [fecha de consulta 08 de agosto de 2015].
- “El modelo de despido en la Unión Europea”. Informe Fundación 1º de Mayo, 2012.
- EMOL [en línea] Santiago de Chile, Periódico, publicación diaria, disponible en: <<http://www.emol.com>> disponible también en <<http://www.emol.com/noticias/economia/2015/03/02/706146/sofofa-asegura-que-no-busca-eliminar-la-indemnizacion-por-anos-de-servicio.html>> [fecha de consulta 22 de

agosto de 2015].

- “Encuesta: percepciones sobre relaciones laborales y equidad”. Comisión Trabajo y Equidad, Santiago, Chile, 2008.
- Estadísticas de Recursos humanos del sector público. Dirección de Presupuesto. Gobierno de Chile,
- “Estudios Económicos de la OCDE Chile”, Visión General, Octubre 2013, pág. 25-28. [en línea]. Disponible en: <<http://www.oecd.org/>> y también en. <<http://www.oecd.org/eco/surveys/Overview%20Chile%20spanish.pdf>>. [Consultado el 21 de Octubre del 2015].
- Ermida Uruarte, Óscar. “la Flexibilidad del Derecho laboral en algunas experiencias comparadas” Ius et Veritas, Revista editada por estudiantes de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú) III, 4 (1992) pág. 13. Cita vista en BLANCAS, Carlos, “Flexibilidad, derecho al Trabajo y estabilidad laboral”, Revista de la facultad de Derecho PUCP, nº 68, 2012.
- Fundación Sol “El trabajo como Centro de la Estrategia de Desarrollo”, [en línea] disponible en <<<http://www.fundacionsol.cl>>> también en <<<http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2011/03/El-Trabajo-como-centro-de-la-Estrategia-de-Desarrollo.pdf>>> [consultado el 20 de marzo del 2015].
- Gamoral, Sergio; “Fundamentos de Derecho Laboral”, LegalPublishing, Santiago, 2008.
- Gamonal, Sergio, El daño moral por término del contrato de trabajo (Santiago de Chile, Editrem, 2000).
- Gamonal, Sergio, Evolución del daño moral por término de contrato de trabajo, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 39 (2012).

- “Going for growth” (Apuesta por el crecimiento). ODCE, México, 2013.
- Halpern, Cecily, “Tutela Laboral y transformaciones en el mercado del Trabajo”, Revista Actualidad Jurídica, n°1m Santiago, 2000.
- Hinostroza, Fernando, “Eficacia e Ineficacia del Contrato”; Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1999.
- Humers Magnan, Héctor. “Apuntes del derecho del Trabajo” Santiago, 1959.
- Entre otros, Humeres Magnan, Héctor; Humeres Noguera, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- Thayer Arteaga, William, Manual de Derecho del Trabajo. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1989.
- Ihen Mirandal, G, “Jurisprudencia Administrativa sobre Indemnización por años de servicio para los obreros, Decreto con Fuerza de Ley n°243” Santiago 1959,
- Inspección del Trabajo, Ordenanza. N° 339/27, Enero de 2002, [en línea] Portal de la Inspección del trabajo. Disponible en <<http://www.dt.gob.cl/>> y también en ><http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/simple-article-63196.htm>> [consultado el 01 de agosto del 2015].
- INE “¿Qué es la Nueva Encuesta Nacional?, Encuesta nacional del Empleo” [en línea], abril DE 2010, Disponible en <<<http://www.ine.cl/>>> también disponible en: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/mercado_del_trabajo/nene/pdf/enfoque_nene_web21010.pdf [consultado el 20 de junio de 2015].
- Infante, Ricardo, Sunkel, Osvaldo; “Hacia un desarrollo más inclusivo: el caso de Chile.” Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2009.
- Irrarázaval, Felipe, “Introducción al análisis económico del derecho”, capítulo

III, año 2002. Facultad de derecho, Universidad de Chile.

- Kuler, Adriana; “El efecto de las regulaciones de seguridad del empleo en la flexibilidad del mercado del trabajo”. Regulación y empleo. Corporación de investigación de estudio y desarrollo de la seguridad social, 2005.
- “La indemnización por despido está amenazada “Opinión publicada por el secretario de la CUT, .Martínez M. Arturo;, publicada en el Portal de la CUT, fecha miércoles 4 de marzo del 2015 disponible en: <http://www.cut.cl/> disponible también en <link:http://www.cut.cl/Portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2663:2015-03-04-20-32-1&catid=296:opiniones&Itemid=545>[consultado el 22 de mayo del 2015].
- La Tercera [en línea] Santiago de Chile, Periódico, publicación diaria, disponible en: <<http://diario.latercera.com/>> disponible también en <<http://diario.latercera.com/2015/03/01/01/contenido/negocios/27-184524-9-la-propuesta-laboral-de-la-sofofa-fin-a-la-indemnizacion-por-anos-de-servicios.shtml>> [fecha de consulta 22 de agosto de 2015].
- López- Pérez, Jorge F.; “Estabilidad y Seguridad del Empleo y el Trabajo Decente”, Protecting Workers’ Rights Worldwide. [en línea] Disponible en <<http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/>> también en <<http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2766&context=globaldocs>,> [Consultado el 15 de julio del 2014].
- “La realidad del trabajo hoy: encuesta de opinión.” Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho, Santiago, 2007.
- Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo”. Organización Internacional del Trabajo, Documento de reunión 9 de marzo de 2009. [en línea]. Disponible en:

<<http://www.ilo.org/wcmsp5>> y también en
<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcms_171432.pdf>. [consultado el 20 de noviembre del 2015].

- “Normas internacionales del trabajo, seguridad social y pensiones” ETD y Oficina de Países de la OIT para el Cono Sur de América Latina, 2006.
- Martínez Rivera, Jorge Ramón, “Estudios de Economía y Legislación Laboral” tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales., Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2012.
- Mazeaud, Henri y León. Mazeaud, Jean, “Lecciones del derecho Civil”, Editorial: Jurídicas Europa-América; Tomo II, Buenos Aires.
- McConnell, Campbell R. “Economía laboral”; 6 edición; McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid; 2003.
- Medina, Juan Pablo; “Dinámica del mercado laboral en Chile: el rol de los términos de intercambio.” Revista Economía Chilena, volumen 15, N°1, Banco Central, Santiago de Chile, 2012.
- Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que Establece a la Quiebra como causal de Término del contrato de Trabajo y modifica diversos cuerpos legales, de agosto 02 de 2012.
- Melis Valencia, Christian; Sáez Carlier, Felipe, “Derecho del Trabajo”, Tomo I. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, 2000.
- Melis Valencia, Christian; Sáez Carlier, Felipe. “El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo”; 2da Edición; Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile; 2009.
- Mella Cabrera, Patricio, “El despido Indirecto o resolución del contrato laboral por incumplimiento patronal” Revista de Derecho, Universidad de Concepción.

Revista n°210, julio-diciembre 2001, versión en línea.

- Mella Cabrera, Patricio, “El despido Indirecto o resolución del contrato laboral por incumplimiento patronal” [visto en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción. Revista n°210, julio-diciembre 2001, Disponible en www.revistadederecho.com también en www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2734. [consultado el 20 de octubre del 2014].
- Meza Barros, Ramón, “Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones” Tomo I, 9º, Edición; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002,
- Morales Corrales, Pedro G., “Vías Procesales de Impugnación del despido: Indemnización y reposición” [en línea], presentación “power point”, Lima, Octubre del 2003. Disponible en <http://www.amag.edu.pe> también en http://www.amag.edu.pe/docs/Morales_Estabilidad%20Laboral%20SentenciaIndeminización%20por%20Años%20de%20Servicio%20TC.ppt [Consultado el 15 de julio del 2014].
- Organization for Economic Co-Operation and Development, Reviews of labour market and social policies: Chile (OECD, 2009).
- Organización de estados Americanos, Página Oficial, [Visto en Línea] Disponible <http://www.oas.org/> también disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html> >>[Consultado 4 de agosto del 2014].
- “Panorama Laboral 2013 - América Latina y el Caribe”; OIT. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. 2013.
- Parada Arriagada, Alejandro; Ramos Avendaño, Dagoberto, “Indemnización por años de servicio, evolución histórica” Tesis para acceder al Grado de Licenciado en ciencias Jurídicas y sociales. Universidad Central, 1995.
- PLA RODRÍGUEZ, Américo, “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Segunda

Edición, Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina 1978.

- Plá, Américo, Los Principios del derecho del Trabajo, 3° Edición, Depalma Ediciones, Buenos Aires, 1998.
- "Protección social y mercado laboral", ETD y Oficina de Países de la OIT para el Cono Sur de América Latina, 2004.
- Poblete H., Isabel. "Análisis del uso de beneficios en el seguro de cesantía chileno" Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios. Tesis (magíster en economía)--Universidad de Chile, 2011.
- PORTAL RADIO U DE CHILE, [diario virtual] Dichos de Lorenzo Constants:" Empresarios aspiran a terminar con indemnizaciones por años de servicios durante el gobierno de Piñera" 19 de enero de 2010. Portal Radio U. de Chile. Disponible en <http://radio.uchile.cl/> y también en <http://radio.uchile.cl/2010/01/19/empresarios-aspiran-a-terminar-con-indemnizaciones-por-a%C3%B1os-de-servicios-durante-el-gobierno-de-pi%C3%B1era> [consultado el 24 de noviembre de 2014].
- Proyecto de Ley, Modifica el Código de Trabajo, eliminando el límite a indemnización por años de servicios. Boletín 8757-13.
- Proyecto de ley que modifica el código del trabajo para efectos de eliminar el límite máximo de la indemnización por años de servicios. Boletín N° 9714-13.
- Proyecto de Ley, Modifica el concepto de "última remuneración mensual" como base de cálculo de la indemnización por años de servicios Boletín N° 8160-13
- Ramos Paso, René, De las Obligaciones, 3° Edición, Legal Publishing, 2008, Santiago.
- Reinoso Belmar, Oscar. "Heterogeneidad en el desempleo e implicancias para el seguro de cesantía": Universidad de Chile, Facultad Economía y Negocios.

Santiago, Chile, 2008.

- Rodríguez de la Borbolla, José, “De la rigidez al equilibrio flexible: el concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal” Madrid, España: Consejo Económico y Social, 1994.
- Rojas, Irene, El sistema de terminación del contrato de trabajo en la evolución histórica jurídica en Chile, en Cincuenta años de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje (Santiago de Chile, Abeledo-Perrot, 2011).
- Rojas Mino, Irene. “La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [En línea]. 2013, n.41, pp. 107-143. Disponible en: <http://www.scielo.cl/> y también en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200004&lng=es&nrm=iso.<ISSN0718-6851http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000200004.> [consultado el 1 de Noviembre del 2014]
- Rojas, María Eugenia; “La Represión Política en Chile, Los hechos”, Editorial Eipala, Santiago de Chile. [Libro virtual], Disponible en <http://www.derechos.org/>, y también disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/chile/libros/represion/index.html> [consultado el 24 de junio del 2015].
- Seminario: “Los derechos fundamentales y la Eficacia Directa en el derecho laboral nacional: la experiencia italiana y chilena” discursos inicial. [recurso virtual, video] disponible en <http://decs.pjud.cl/> también en <http://decs.pjud.cl/index.php/noticias/396-los-derechos-fundamentales-y-la-eficacia->

directa-en-el-derecho-laboral-nacional-la-experiencia-italiana-y-chilena>>, [consultado el 20 de agosto.].

- Séptima Encuesta Laboral Encla 2011. Informe de Resultados Departamento de estudios de la dirección del trabajo.
- SIGWEB. “Radiografía a la Rotación Laboral” [revista en línea] disponible en <http://www.sigweb.cl/> y también en <http://www.sigweb.cl/biblioteca/RadiografiaRotacionLaboral.pdf>>> [consultado el 28 de junio del 2015.].
- SIGWEB. “Reforma Procesal Laboral” [revista en línea] disponible en <http://www.sigweb.cl/> y también en <http://www.sigweb.cl/biblioteca/ReformaProcesalLaboral.pdf>>> [consultado el 28 de junio del 2015.].
- Solari, Ricardo; Rapetto, Andrea, “Nudos laborales y una estrategia de reforma” [Revista en línea] Centro de Estudios Públicos. número 324, Agosto de 2010. Disponible en <http://www.cepchile.cl>>> y en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4653_2802/pder324_repetto_solari.pdf>> [consultado el 20 de enero del 2015].
- Thayer Arteaga, Willam, Novoa Fuenzalida, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- The Clinic [en línea] Santiago de Chile, Periódico, publicación diaria, disponible en: <http://www.theclinic.cl> disponible también en <http://www.theclinic.cl/2015/03/02/desde-la-cut-califican-como-una-canallada-de-la-sofofa-la-propuesta-de-eliminar-indemnizacion-por-anos-de-servicio/>. [fecha de consulta 22 de agosto de 2015].
- Tubino Tassara, Alessandra, “De la Indemnización por años de servicio y su

Marco Histórico Legislativo” Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile, 2000.

- Ugarte, José Luis, Tutela de derechos fundamentales del trabajador (4ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2011).
- Lizama, Luis, Ugarte, José Luis. “Interpretación y derechos fundamentales en la empresa”, Editorial Jurídica Cono sur Ltda., Santiago, 1998.
- Varios autores; “Enciclopedia Jurídica Omega”. T XV. Buenos Aires, 1986,
- Walker, Francisco, Indemnizaciones por años de servicios en el Chile de hoy: su mantención, modificación o supresión, en Revista Laboral Chilena, 20 (diciembre de 2010- Enero 2011).

