



Universidad de Chile.

Facultad de Derecho.

Departamento de Ciencias del Derecho

**COMPARACIÓN ENTRE EL TRATAMIENTO QUE LE DA LA
LEY DE QUIEBRAS N° 18.175 Y LA LEY DE INSOLVENCIA Y
REEMPRENDIMIENTO N° 20.720 AL CONTRATO INDIVIDUAL
DE TRABAJO.**

Ventajas y desventajas.

**Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales.**

VIOLETA DEL VALLE MORALES GONZÁLEZ

Profesor Guía: Gabriel Bernardo Álvarez Undurraga

Santiago, Chile 2015

Esta obra está dedicada a mis padres que me han enseñado el valor del
trabajo y la perseverancia en la vida.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I: GENERALIDADES DE LA QUIEBRA Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO LABORAL | 12 |
| 1.1 Derecho concursal chileno. | 12 |
| 1.2 Concepto de quiebra. | 12 |
| 1.3 Características de la quiebra. | 15 |
| a) Universalidad: | 15 |
| b) Acreedores concurren en igualdad de condiciones: | 15 |
| c) Unidad o Indivisibilidad de la quiebra | 15 |
| 1.4 . Principios que sustentan el Derecho de quiebras. | 16 |
| a) <i>Par conditio creditorum</i> como principio clásico del Derecho de Quiebras. | 16 |
| b) Principio de la conservación de la empresa. | 17 |
| c) Racionalidad económica como principio moderno del Derecho Concursal. | 18 |
| d) Principio de la protección adecuada del crédito..... | 18 |
| e) Principio de tutela de la relación laboral..... | 19 |
| 1.5 . Presupuestos de la quiebra. | 21 |
| a) Causa..... | 21 |
| b) Sujeto pasivo:..... | 21 |
| c) Sujeto activo: | 21 |
| d) Declaratoria de quiebra | 22 |
| 1.5.1. Efectos de la declaración de quiebra..... | 24 |
| a) El Derecho a pedir alimentos. | 24 |
| b) Desasimiento de los bienes del fallido, pasando a manos de la administración del síndico. | 25 |
| c) Fijación irrevocable de los derechos de los acreedores. | 26 |
| d) La exigibilidad anticipada de todas las obligaciones del fallido..... | 27 |
| e) La suspensión del derecho a ejecutar individualmente al quebrado. | 28 |
| f) La acumulación de juicios..... | 28 |
| 1.6 Historia de la Legislación de Quiebras chilena en relación al tratamiento que se le da a los trabajadores, cuando el empleador cae en la insolvencia. | 32 |
| 1.7 Problemática que resulta de la aplicación de la Ley de Quiebras N° 18.175..... | 34 |

| | |
|--|-----------|
| CAPÍTULO II: TRATAMIENTO QUE LE DA LA LEY DE QUIEBRAS N° 18.175 A LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES, CUANDO CAE EN INSOLVENCIA SU EMPLEADOR..... | 42 |
| 2.1. Antecedentes previos a la declaración de quiebra..... | 42 |
| 2.2. Opciones del síndico tras la quiebra..... | 43 |
| 2.3. Consecuencias de la declaración de quiebra. | 46 |
| 2.3.1. Derechos del trabajador tras la declaración de quiebra..... | 46 |
| 2.3.2. Eficacia de las causales de terminación del contrato individual de trabajo, frente al fenómeno de la quiebra. | 47 |
| i. Jurisprudencia. | 49 |
| ii. Doctrina..... | 61 |
| iii. Dirección del Trabajo..... | 63 |
| iv. Superintendencia de Quiebras..... | 64 |
| 2.3.3. Nulidad del despido. | 65 |
| 2.3.4. Formas de pago de las prestaciones debidas. | 73 |
| 2.4.5. Tipos de indemnizaciones que recibe el trabajador. | 74 |
| 2.4.6. Situación de los trabajadores sujetos a fuero. | 76 |
| 2.5. Proyectos legislativos para dar solución a los trabajadores cuando su empleador es declarado en quiebra. | 80 |
| CAPÍTULO III: REGULACIÓN QUE LE DA LA NUEVA LEY DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO N° 20.720 AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO. | 82 |
| 3.1. Reforma al Sistema Concursal Chileno con la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento N° 20.720. | 82 |
| 3.1.1. Características de la nueva Ley de Insolvencia y Reemprendimiento N° 20.720..... | 82 |
| 3.2. Reforma al Sistema Laboral Chileno con la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento N° 20.720. | 87 |
| 3.2.1. Nueva causal de terminación del contrato individual de trabajo: artículo 163 bis. | 87 |
| 3.2.2. Finiquito..... | 90 |
| 3.2.3. No procede la “Ley Bustos” (Artículo 162 del Código del Trabajo). | 92 |
| 3.2.4. Indemnizaciones..... | 93 |
| 3.2.5. Preferencias de pago de las prestaciones adeudadas..... | 94 |
| 3.2.6. Situación de los trabajadores sujetos a fuero. | 96 |

| | |
|--|------------|
| CAPÍTULO IV: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL TRATAMIENTO QUE LE DA LA LEY DE QUIEBRAS N° 18.175 Y LA LEY DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO N° 20.720 AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO. ... | 100 |
| 4.1. Ventajas..... | 100 |
| 4.2. Desventajas. | 111 |
| 4.3. Tratamiento que le da España a los derechos de los trabajadores, cuando se enfrentan a la insolvencia del empleador..... | 118 |
| CONCLUSIÓN | 134 |
| FUENTES DE INFORMACIÓN..... | 146 |
| APÉNDICE: ENTREVISTAS | 154 |

RESUMEN

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.720 de Insolvencia y Reemprendimiento, se inició una nueva etapa de interrelación entre el Derecho Comercial y el Derecho Laboral, ya que esta modifica el Código del Trabajo, principalmente, porque establece una nueva causal de terminación del contrato individual de trabajo.

Esta situación no ha estado exenta de polémicas, por lo cual en el desarrollo de esta tesis analizo, de forma crítica, el tratamiento que la nueva legislación concursal da a los derechos de los trabajadores. Para esto baso el estudio en fuentes documentales-bibliográficas. Además, del uso de métodos cualitativos, como las entrevistas.

La modificación realizada es un avance en materia laboral, porque viene a resolver problemas prácticos de larga data, producidos por el silencio legislativo. Sin embargo, estas medidas no son suficientes para dar un marco jurídico sustancial que proteja eficazmente los derechos laborales de

los miles de trabajadores¹, que cada año se ven afectados por la insolvencia de su empleador.

PALABRAS CLAVES:

- 1) Quiebra y contrato de trabajo.
- 2) Terminación de contrato de trabajo.
- 3) Protección de los derechos de los trabajadores.

¹ Alrededor de 2700 trabajadores son afectados anualmente por la quiebra de su empleador, según cifras de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. En: SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO. 2014. Unidad de Registros. [en línea] <http://www.superir.gob.cl/wp-content/document/estadisticas/GENERO_201412.pdf> [consulta: 12 de enero de 2015]

ABSTRACT

With the entry into force of the Insolvency Act and re-entrepreneurship No. 20,720 a new phase of relation between commercial law and labor law began, and amending the Labour Code, mainly because it establishes the grounds for termination of the individual contract work.

This has not been without controversy, so the development of this thesis I analyze critically the treatment that the new bankruptcy law gives workers rights. For this I base the study on documentary-bibliographic sources. In addition, the use of qualitative methods such as interviews.

The modification is an advance in the workplace, because solves practical problems of long standing, produced by the legislative silence. However, these measures are not sufficient to give a substantial legal framework to effectively protect the labor rights of thousands of workers each year are affected by the insolvency of their employer

KEYWORDS

1. Bankruptcy and contract of employment.
2. Termination of employment contract.
3. Protecting the rights of workers.

INTRODUCCIÓN

En el mundo globalizado en el que vivimos, la interconexión se ha vuelto clave para el desarrollo de la población mundial. Esto ha fomentado el crecimiento del comercio, y de la actividad empresarial en general, ocupando esta labor un papel central en el desarrollo de cualquier país y que, por lo mismo, se debe potenciar. Sin embargo, se debe tener presente que, como contrapunto de la inversión comercial, siempre está el fantasma de la insolvencia, sobre todo, porque los cambios económicos inesperados en la situación de las empresas son intrínsecos a la economía. Esto se refleja en la realidad nacional y se comprueba estadísticamente. En efecto: “según cifras del Ministerio de Economía, la mitad de los emprendedores de Chile son re emprendedores: el 52% de ellos han realizado un negocio con anterioridad atravesando por un proceso de quiebra, de los cuales el 26% tuvo que cerrar alguno de esos negocios por problemas económicos. De ese universo, el 64% no formalizó su término de actividades en el SII”² (Servicio de Impuestos Internos).

² ASOCIACIÓN DE EMPRENDEDORES DE CHILE. 2013. Ley de emprendimiento. La segunda oportunidad de los emprendedores [en línea] <<http://www.asech.cl/wp-content/uploads/2014/04/Ley-de-Reemprendimiento.pdf?d86892>> [consulta: 23 de octubre de 2014]. p. 2.

Por lo anterior, como país debemos estar preparados para enfrentar el estado permanente de cesación de pago. En la realidad nacional son pocas las quiebras que efectivamente se judicializan y declaran, pues “según la Superintendencia de Quiebras, con la normativa imperante, sólo el 7% de las empresas en situación de insolvencia se someten a procedimientos formales de quiebra o convenio”³. A pesar de lo usual que resulta fallar en un emprendimiento, el sistema imperante no estaba brindando las mejores condiciones para solucionar este estado de insolvencia, sino que se asemejaba más a un castigo del fallido, lo que terminaba dando incentivos perversos a los afectados, ya que optaban por no seguir el sistema institucionalizado, lo que traía consecuencias perjudiciales para todos los involucrados.

La quiebra es un fenómeno complejo que se caracteriza por ser universal, ya que afecta a todo el patrimonio del deudor y a todos los acreedores de éste. Dentro de los acreedores existe un caso especial que lo constituyen los trabajadores, quienes ven directamente perjudicada su fuente de ingresos, lo que repercute también en su familia. Esto se ve respaldado por las estadísticas que entrega la Superintendencia de

³ ASOCIACIÓN DE EMPRENDEDORES DE CHILE. Ob. Cit. p. 5.

Insolvencia y Reemprendimiento (SIR), donde dentro del período que media entre el 01.01.2014 y 31.12.2014⁴ se publicaron en el Diario Oficial 150 quiebras que afectaron a 2.710 trabajadores(as)⁵.

Considero importante analizar cómo afecta el fenómeno de la quiebra a los trabajadores y lo que ocurre con su contrato individual de trabajo, luego de declarada la misma. Pretendo llevar a cabo esta memoria comparando el sistema de regulación que tiene la Ley N° 18.175, de Quiebras con el de la Ley N° 20.720, de Insolvencia y Reemprendimiento, que fue publicada en el Diario Oficial el día 09 de enero de 2014 y que entró en vigencia el 09 de octubre del mismo año. Esta nueva normativa concursal viene a transformar la concepción sobre la quiebra, ya que, la estructura que plantea, al parecer más benévola con el deudor fallido, incentiva la reorganización y disminuye los costos y tiempos del procedimiento. Además de elevar los estándares de eficiencia en materia comercial, el Derecho Laboral se ve directamente influido, porque introduce modificaciones en esta materia, principalmente, agregando una nueva causal de terminación del contrato individual de trabajo.

⁴SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPREDIMIENTO. Ob. Cit.

⁵ SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPREDIMIENTO. Ob. Cit.

La problemática laboral en torno a este tópico consiste en el vacío normativo que existía en la legislación nacional, tanto laboral como comercial, respecto de los efectos que producía la declaración de quiebra de un empleador, cuestión que perjudica, año a año, a un colectivo importante de trabajadores. Pero esto no siempre fue así, en la dictación del primer Código del Trabajo en 1931 la quiebra sí se consideraba como causal de despido válida. Sin embargo, en esa época se les daba a los trabajadores un tratamiento igualitario según los principios del Derecho Comercial, sin preferencias en el pago. No es hasta que se dicta El Decreto Ley N° 2.200 que esta situación mejora y se les entrega la preferencia de pago en la primera categoría, dispuesta en el actual artículo 61 del Código del Trabajo en conformidad con la normativa civil. No obstante, a la fecha no se registran modificaciones legales sobre la materia, y sólo existió un desarrollo doctrinal y jurisprudencial para resolver esta conflictiva situación.

Por su parte, con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.720, de Insolvencia y Reemprendimiento, que sustituyó el régimen concursal vigente e hizo una serie de cambios a la regulación del contrato individual de trabajo, principalmente porque vino a establecer una nueva causal de

terminación del contrato de trabajo, agregando al Código del Trabajo el artículo 163 bis, precepto que regula: a) El procedimiento de liquidación como causal de término del contrato de trabajo, b) Se expresa que la nueva normativa se prefiere, en base al principio de especialidad, por sobre el inciso 5 del artículo 162 del Código del Trabajo, c) Pago de indemnización sustitutiva del aviso previo, d) Pago de indemnización por años de servicio, e) Excepción al sistema de despido de los trabajadores aforados, f) Procedencia del finiquito, aun cuando las cotizaciones previsionales no estén al día.

Además se modificó el inciso 4 del artículo 61 del Código del Trabajo, para establecer los límites del privilegio para el pago de las indemnizaciones legales y convencionales.

Tal modificación no ha estado exenta de críticas. Por una parte, el abogado Raúl Fernández⁶, señala como acertada esta medida, debido a que esta modificación le entrega certeza a las relaciones labores.

⁶ FERNÁNDEZ T., R. 2013. La quiebra del empleador y sus efectos sobre algunos derechos del trabajador. Estudios de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. pp. 292-293.

Por otra parte el profesor Eduardo Caamaño⁷, si bien reconoce el valor de la normativa comercial y el avance que esta puede significar para la economía del país, difiere del primero, pues la modificación laboral en asunto afecta “la estabilidad laboral, además de que nuevamente el legislador chileno no incorporó instrumento alguno de consulta o, al menos, comunicación previa a los trabajadores”⁸.

La solución que entrega esta normativa es de carácter práctico y mercantil, acentuando el sistema laboral individualista. En opinión del mismo académico: “Más lejos todavía está la toma de conciencia del valor de la libertad sindical y de las funciones que podrían asumir las organizaciones sindicales como parte insustituible de la empresa, en la búsqueda de soluciones que hagan posible armonizar los intereses y necesidades de los empresarios con las necesidades e intereses de los trabajadores”⁹.

⁷ CAAMAÑO R., E. 2013. El destino de los contratos de trabajo frente a la empresa en crisis: Reorganización-Liquidación frente a la estabilidad laboral. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512013000100006&script=sci_arttext> [consulta: 11 de septiembre 2014]. p. 202.

⁸ ROJAS M., I. 2015. Derecho del Trabajo. Derecho individual del Trabajo. Editorial Thomson Reuters. Chile. p. 491.

⁹ CAAMAÑO R., E. Ob. Cit. p. 205.

De mantenerse esta situación en el futuro, es decir, disociando los intereses de los trabajadores y de los empleadores-empresa, se podría asistir a eventuales vulneraciones a los derechos de los trabajadores frente a la insolvencia del empleador. La modificación no está orientada a dar solución al problema social que se produce cuando los trabajadores pierden sus puestos de trabajo, porque no tienen la posibilidad de participar, a través de sus representantes, en el mejoramiento de la empresa y en el mantenimiento de sus puestos de trabajo.

Al describir el estado de esta problemática, vislumbro que las posibles soluciones al pronóstico deben ir amparadas en la idea de buscar la mayor protección de los derechos de los trabajadores, entregándole certeza en el ejercicio individual y colectivo de los mismos y propiciando un resguardo de la desigualdad económica que tienen trabajador y empleador en el desarrollo de sus relaciones.

En esta investigación se trabajará con el fin de responder a la siguiente interrogante ¿Cómo es el tratamiento que le da la nueva Ley N° 20.720, de Insolvencia y Reemprendimiento a la terminación del contrato individual de trabajo, en comparación a la Ley N° 18.175, de Quiebras, sus ventajas y

desventajas? Para dar respuesta a la pregunta principal que guía esta memoria, analizaré el tratamiento que le da la nueva Ley N° 20.720, de Insolvencia y Reemprendimiento, a la terminación del contrato individual de trabajo, en comparación a la Ley N° 18.175, de Quiebras. Este objetivo general lo desarrollaré desde cuatro perspectivas:

1. Describir y analizar el Derecho Concursal chileno y su estrecha vinculación con el Derecho Laboral.
2. Analizar el tratamiento que le da la Ley N° 18.175 a los derechos de los trabajadores que, sujetos a un contrato individual de trabajo, su empleador cae en insolvencia.
3. Exponer y evaluar la regulación que le da la nueva Ley N° 20.720 al contrato individual de trabajo.
4. Comparar el tratamiento que las legislaciones concursales en Chile, es decir la Ley N° 18.175, de Quiebras y la Ley N° 20.720, de Insolvencia y Reemprendimiento, han dado al contrato individual de trabajo, frente a la insolvencia del empleador, con el fin de determinar las ventajas y desventajas de la reciente modificación al sistema laboral chileno. Asimismo analizaré la

legislación española, en búsqueda de soluciones más protectoras de los derechos de los trabajadores.

Tras el cumplimiento de estos objetivos, dilucidaré si la hipótesis que planteo en esta investigación jurídica se comprueba o refuta. Esta consiste en que el tratamiento que le da la nueva Ley N° 20.720, de Insolvencia y Reemprendimiento es más eficaz en la protección de los derechos del trabajador que la Ley N° 18.175, de Quiebras, porque viene a establecer como nueva causal de término del contrato individual de trabajo, el mero sometimiento al procedimiento concursal de liquidación.

La metodología utilizada para desarrollar esta memoria será a través de una investigación documental-bibliográfica, en lo que respecta a los datos a recolectar, pues se basará fundamentalmente en la información recopilada en libros, artículos de revistas y jurisprudencia. Además de ello y para enriquecer el análisis utilizaré el tipo de indagación de campo o empírica, porque realicé entrevistas a abogados que ejercen sus labores ligadas a las áreas en cuestión, para dotarnos de su conocimiento, experiencia y para poder determinar las ventajas y desventajas de la regulación que modifica

los derechos de los trabajadores, a través de la implementación de la Ley N° 20.720, de Insolvencia y Reemprendimiento.

El enfoque que le daré a este trabajo se guiará por el paradigma positivista, pues se va a tomar información desde la experiencia para comprobar o refutar la hipótesis de la tesis, puesto que se trabajará sobre la legislación vigente, la jurisprudencia nacional, documentos, estadísticas sobre quiebras y trabajadores afectados, y por la aplicación de entrevistas.

Además, utilizaré tres métodos para investigar y lograr mi objetivo general. En primer lugar, el método analítico, pues se estudiarán y analizarán críticamente los elementos característicos del objeto de este trabajo, específicamente, en lo que respecta al tratamiento que le da la Ley N° 18.175, de Quiebras y la nueva Ley N° 20.720, de Insolvencia y Reemprendimiento al contrato individual de trabajo. También el método hermenéutico, porque interpretaré la nueva legislación concursal chilena y las consecuencias de modificar el sistema de terminación del contrato individual de trabajo, ya que, por su breve vigencia, hay poco desarrollo dogmático y, finalmente, el método comparativo, al revisar y sintetizar la forma de protección que la legislación española da a los derechos de los

trabajadores, cuando su empleador entra en procedimiento concursal. Terminaré con establecer las ventajas y desventajas de la nueva legislación concursal aplicable en Chile, en materia de terminación del contrato individual de trabajo.

CAPÍTULO I: GENERALIDADES DE LA QUIEBRA Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO LABORAL.

1.1 Derecho concursal chileno.

Para un mejor entendimiento de este capítulo, resulta necesario partir definiendo el objeto que regula esta normativa: la quiebra.

1.2 Concepto de quiebra.

Según la Real Academia Española (RAE)¹⁰, se entiende por quiebra:

- f. Com. Acción y efecto de quebrar un comerciante.
- f. Der. Juicio por el que se incapacita patrimonialmente a alguien por su situación de insolvencia y se procede a ejecutar todos sus bienes en favor de la totalidad de sus acreedores.

La legislación nacional no define la quiebra, sólo se limita a establecer su característica procesal, es decir menciona la forma en que se solucionarán las deudas contraídas por el fallido, pero no queda claro en qué consiste ni en cómo se alcanza el estado de quiebra. En el artículo 1 de

¹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 2014. Definición de quiebra [en línea] <<http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=ejc4EXGGGoDXX2VvOOTWA>> [consulta: 29 de octubre 2014].

la Ley N° 18.175, de Quiebras se señala que: “El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer el pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley”.

De la definición de la RAE y del precepto citado, se torna difícil que se pueda entender claramente lo que significa el estado de insolvencia permanente. Por lo mismo, la doctrina ha debido realizar esta tarea. A continuación, se revisará el trabajo de autores nacionales para conceptualizar este fenómeno.

Los profesores Gómez y Eyzaguirre hacen la siguiente distinción para precisar el contenido del estado de quiebra.

“Quiebra tiene tres significados:

- Aceptación material o empírica: denota simplemente un estado de crisis del patrimonio de su titular
- Aceptación económica: representa un estado de manifiesto desarreglo económico que ha de provocar una declaratoria de quiebra.
- Aceptación de derecho: constituye la constatación del estado de esta situación, judicialmente declarado y que se caracteriza por la

sujeción del patrimonio de su titular a un procedimiento concursal a que se convoca a todos sus acreedores”¹¹.

Por otro lado, Ricardo Sandoval la define como “un estado de crisis de la actividad económica de una persona que le impide atender el cumplimiento de sus obligaciones”¹².

Otro autor destacado, el profesor Puelma, considera la quiebra como “un estado excepcional en el orden jurídico de una persona producido por la falta o imposibilidad de cumplimiento igualitario de sus obligaciones declaradas judicialmente”¹³.

De las definiciones transcritas, considero que la definición de Puelma logra unir todas las aristas de lo que debe entenderse por quiebra, que son: un estado excepcional e imposibilidad de pagar del deudor y de saldar los créditos de forma igualitaria a los acreedores, previa verificación judicial. Como primera aproximación, este concepto logra definir qué se debe considerar por quiebra, el que debe complementarse con las características y principios que veremos a continuación.

¹¹ EYZAGUIRRE S., G. y GÓMEZ B., R. 2011. El Derecho de Quiebras, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. p.26.

¹² SANDOVAL L., R. S.a. Derecho comercial. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile p. 15.

¹³ SANDOVAL L., R. Ob. Cit. p. 16.

1.3 Características de la quiebra¹⁴.

a) **Universalidad:** esto tiene que ver con los pasivos y los activos, es decir, comprende la totalidad de los bienes del declarado fallido (exceptuando los inembargables) y, además, incluye a la totalidad de sus acreedores.

b) **Acreedores concurren en igualdad de condiciones:** la igualdad es para todos los acreedores, porque se intenta proteger el crédito social y la seguridad jurídica del tráfico jurídico. Sin embargo, se respeta a los que tengan preferencias, en razón de la prelación de créditos del artículo 2472 y siguientes del Código Civil.

c) **Unidad o Indivisibilidad de la quiebra:** “La quiebra produce para el fallido y todos sus acreedores un estado indivisible”¹⁵. Esto quiere decir que en un único procedimiento se acumularán todos los juicios de la masa de acreedores. Esto se relaciona con las demás características reseñadas, porque al ser solo un patrimonio el del fallido, debe resguardar el pago igualitario a todos los acreedores.

¹⁴ SANDOVAL L., R., Ob. Cit. pp. 17- 18.

¹⁵ *Ibídem*.

1.4. Principios que sustentan el Derecho de quiebras.

A continuación reseñaré los principios que informan la legislación concursal chilena. Parte de la doctrina¹⁶ señala como principios esenciales del Derecho de Quiebras los siguientes:

a) *Par conditio creditorum* como principio clásico del Derecho de Quiebras.

Es menester aclarar que este principio penetra y afecta a la masa de acreedores, es decir, estos tienen posición igualitaria para verificar sus créditos, sin perjuicio del orden de preferencia indicado en el Código Civil. Por eso, se estima que son los acreedores valistas¹⁷ su máximo exponente.

Según Ricardo Sandoval:

“La *par conditio* es solamente un método empleado para liquidar las empresas insolventes, cuando es material y absolutamente imposible conservar su existencia. Es un medio, el más conveniente, el más equitativo y más racional mediante el cual el Estado realiza la liquidación de la empresa”¹⁸

¹⁶ N. del A. Con esto me refiero a lo señalado por Gómez, Eyzaguirre y Sandoval.

¹⁷ N. del A. Se entiende por acreedor valista aquella persona que no goza de algún privilegio que les garantice una posición preferente en el pago de sus créditos.

¹⁸ SANDOVAL L., R. Ob. Cit. p. 25.

La doctrina concuerda en lo fundamental de este principio puesto que da significado a la quiebra, ya que se trata de dar el debido pago de los créditos con el patrimonio del deudor que es liquidado para dichos efectos.

Este principio ha tenido distintas concepciones en el tiempo, pero se mantiene invariable el carácter práctico de interpretar la legislación concursal con él, lo que destaco por ser muy positivo para la masa de acreedores envueltos en la quiebra, porque les permite estar en igualdad de condiciones para proteger y recuperar sus créditos.

b) Principio de la conservación de la empresa.

Este principio consiste en “perseguir la perduración de ellas (empresas), antes que declararlas en estado de quiebra”¹⁹.

Esta directriz tiene mucho que ver con la racionalidad económica, pretendiéndose con ello llegar a soluciones menos dañinas para todos los involucrados, evitando que la empresa se termine con la liquidación. Un ejemplo claro de cómo actúa este principio es a la hora de efectuar la venta de la empresa.

¹⁹ SANDOVAL L., R. Ob. Cit. p. 26.

c) Racionalidad económica como principio moderno del Derecho Concursal.

La racionalidad económica es “la conjugación perfecta y armónica entre los intereses del Derecho (y, de forma particular, del Derecho Concursal) y aquellos propios del ámbito de los negocios”²⁰.

Este principio es muy importante en todo el mundo, ya que promueve el impulso económico de las empresas que pueden caer en crisis de insolvencia. Con este se pretende llegar a acuerdo oportunos y tender a la reorganización más que a la liquidación de la empresa, porque la terminación de una empresa trae graves problemas sociales y económicos.

El profesor Ricardo Sandoval²¹ agrega otros dos principios que me parece fundamental detallar.

d) Principio de la protección adecuada del crédito.

La quiebra no sólo importa un interés privado, expresado en el patrimonio del fallido y sus acreedores en específico, sino que además tiene un carácter público, ya que es deber del Estado proteger el crédito público y

²⁰ SILVA P., C. 2012. Reformas a la institución de la quiebra a la luz de las políticas de la OCDE”. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. [en línea] Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. p.9. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2011/fjs586r/doc/fjs586r.pdf> > [consulta: 23 de octubre de 2014].

²¹ SANDOVAL L., R. Ob. Cit. p. 27.

entregarle a los comerciantes seguridad en el tráfico jurídico, lo que genera un buen incentivo a la inversión y un impulso macroeconómico positivo.

e) Principio de tutela de la relación laboral.

Producto de la estrecha relación que se da entre el Derecho Comercial y el Derecho Laboral, resulta fundamental referirnos a este último, por la relación que tiene con el objeto de esta memoria. En esta directriz se manifiesta la necesidad de tutela de los derechos de los trabajadores dentro de la empresa en la que ejercen sus labores.

En palabras del profesor Ricardo Sandoval “Así como la empresa tiene un fin económico cuya protección está prevista por el ordenamiento jurídico, dentro de ella el elemento humano representa un aspecto cuyo amparo debe ser primordial en las legislaciones concursales”²². El autor fundamenta que la protección de los trabajadores obedece a un interés de categoría superior y en el ámbito comercial “comprenderá: a) El pago preferente de a los acreedores laborales tanto en el concurso presuntivo como en la quiebra declarada judicialmente; b) La continuidad de la explotación de la empresa; c) La permanencia de los vínculos laborales en

²² *Ibídem.*

caso de enajenación de la empresa; d) El pago preferente de los créditos de las instituciones previsionales, etc.”²³. Esta prerrogativa se encuentra recogida en distintas regulaciones, tanto del Código de Comercio, como en el caso de los pagos administrativos, y también en el Código Civil, en lo referente a las preferencias que gozan en el pago de sus acreencias.

Me parece correcto el criterio utilizado por el profesor Sandoval al tratar el tema de los trabajadores, porque él enfatiza la importancia del recurso humano dentro del ámbito empresarial, a la usanza de lo que expresa el Código del Trabajo en su artículo tercero, cuando señala: “Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”²⁴. Identificó como actor clave en esta organización a los dependientes por tener el ejercicio de sus funciones un gran valor económico.

²³ *Ibíd.*

²⁴ CHILE. 2014. Código del Trabajo [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>> [consulta: 14 Enero 2015].

1.5. Presupuestos de la quiebra.

A continuación, reseñaré brevemente las condiciones que deben generarse para que exista quiebra²⁵:

a) **Causa.** Estado de insolvencia permanente, en el cual el patrimonio tiene más pasivos que activos y ve manifestada su iliquidez con la cesación de pagos.

b) **Sujeto pasivo:** Deudor. Aquel que tiene deudas vencidas o exigibles y que es declarado fallido judicialmente. Pueden ser personas naturales o jurídicas y, estas últimas, pueden ser con o sin fines de lucro.

c) **Sujeto activo:** La concepción clásica es de aquel que teniendo una acreencia puede obtener la liquidación de un deudor que se encuentre en cesación de pago. Sin embargo, esta figura podrá ser ocupada, tanto por el acreedor como el deudor, en el caso en que sea calificado, según establece el artículo 41 de la Ley N° 18.175²⁶, entendiéndose por tales, los que realizan cualquiera de las actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas. Según la ley, puede ser uno o más acreedores los

²⁵ N. del A. Clasificación sacada del libro EYZAGUIRRE S., G. y GÓMEZ B., R. Ob. Cit. pp. 37-204.

²⁶ Artículo 41 “El deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, deberá solicitar la declaración de su quiebra antes de que transcurran quince días contados desde la fecha en que haya cesado en el pago de una obligación mercantil”. En: CHILE. 2013. Código de Comercio, Libro IV. Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile.

que pueden iniciar el juicio de quiebras. Empero, deberá pedir la declaratoria de quiebra el mismo deudor en algunas circunstancias. Esta obligación es legal y se basa en la idea que cuando un deudor ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, también denominado deudor calificado, tiene la obligación de declararse en quiebra, so pena de perder algunos beneficios como el de alimentos o arriesgarse a ser declarado como culpable o fraudulento en su estado de quiebra, porque se entiende que afecta el crédito público y se aprovecha de su propio dolo, dado que tiene conocimiento del mal estado de sus negocios.

d) Declaratoria de quiebra. Esto hace énfasis en la idea que para dar paso a los efectos de la quiebra es necesaria la declaratoria judicial de la misma. En atención a esto se infiere que en Chile no se acepta la denominada quiebra virtual, donde basta la ocurrencia de los requisitos fácticos para que proceda inmediatamente.

La quiebra de un deudor puede pedirse, siempre y cuando, se den los supuestos señalados en el artículo 43 del Libro IV del Código de Comercio, que son:

1. Cuando el deudor ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo.
2. Cuando el deudor contra el cual existieren tres o más títulos ejecutivos y vencidos, provenientes de obligaciones diversas, y estuvieren iniciadas, a lo menos, dos ejecuciones, no hubieren presentado en todas éstas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos, bienes bastantes para responder a la prestación que adeude y las costas, y
3. Cuando el deudor se fugue del territorio de la República o se oculte dejando cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado persona que administre sus bienes con facultades para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas.

De estas causales, la N°1 es exclusiva para los deudores comerciantes y las otras dos pueden ser invocadas para toda clase de deudores.

1.5.1. Efectos de la declaración de quiebra.

Estos se pueden dividir según sus consecuencias en el tiempo, entre inmediatos y retroactivos. Para el desarrollo de esta memoria, haremos énfasis en los efectos inmediatos, ya que son los que permiten comprender las reales implicancias de la declaración de quiebra para la empresa fallida y sus empleados.

Seguiremos la clasificación tradicional de los efectos inmediatos de la quiebra:

a) El Derecho a pedir alimentos.

El deudor es poseedor de este derecho para su bienestar y el de su familia, beneficio que estará a cargo de la masa de acreedores. En este caso se distinguirá si el deudor es calificado o no. Si no es calificado recibirá siempre este beneficio, en caso contrario, es decir, si estamos en presencia de un deudor calificado, sólo podrá gozar de este derecho cuando haya pedido su propia quiebra, según lo establece el artículo 41 de la Ley N° 18.175. En el caso del deudor calificado, podrá suspenderse este derecho mientras se califique si su quiebra fue culpable o fraudulenta y en caso de ser condenado, será privado de este derecho.

b) Desasimio de los bienes del fallido, pasando a manos de la administración del síndico.

Según el profesor Ricardo Sandoval López, el desasimio “es el efecto más importante de la quiebra, porque sirve para cumplir con el objetivo de ella, esto es, realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona”²⁷.

La declaratoria de quiebra provoca, desde el instante en que el juez lo pronuncia, el desasimio de los bienes del fallido, los que serán traspasados al síndico, quien se hará cargo de administrar la liquidación y resguardará los intereses de la masa de acreedores.

Para los efectos que nos convocan en el desarrollo de esta memoria, debo aclarar lo que sucede en materia laboral. Bajo el sistema concursal de la Ley N° 18.175, cuando la administración pasa a manos del síndico, la relación laboral no termina con la declaratoria de quiebra y será el síndico quien representará la figura del empleador y, en consecuencia, el encargado de terminar las relaciones laborales dentro de la empresa en liquidación.

²⁷ SANDOVAL, Ricardo. Ob. Cit. pp.83-84.

c) Fijación irrevocable de los derechos de los acreedores.

Según lo establecido en el artículo 66 de la Ley N° 18.175 “La sentencia que declara la quiebra fija irrevocablemente los derechos de todos los acreedores en el estado que tenían el día de su pronunciamiento, sin perjuicio de los casos especialmente previstos en la ley”²⁸. Este efecto es fundamental, porque canaliza los créditos de la masa de acreedores para ser pagados, resguardando en todo momento la *par conditio creditorum*. Esto no ocurre con la clase especial de acreedores que son los trabajadores, debido a que la declaración de quiebra no produce el término del contrato individual de trabajo. Adicionalmente se incluye el caso en que se despide a los trabajadores sin haber pagado la totalidad de las cotizaciones previsionales ya que, producto de la vigencia de la Ley N° 19.631, denominada como “Ley Bustos-Seguel”, se entiende que la validez del despido se produce cuando se presenta el aviso de término de contrato y los documentos que den cuenta que las cotizaciones previsionales estén pagadas en su totalidad. En la situación contraria, se sancionará al empleador con el pago de las remuneraciones hasta que convalide el despido, según lo establecido en el inciso 6° del artículo 162 del Código del

²⁸ Artículo 66. En: CHILE. 2014. Ley N° 18.175. De Las Quiebras. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29597>> [consulta: 14 Enero 2015].

Trabajo, en su texto fijado por la Ley N° 19.631, que prescribe: "Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las cotizaciones morosas del trabajador lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes en que conste la recepción de dicho pago"²⁹. Más adelante comentaré con detalle esta situación, porque es uno de los grandes conflictos que provoca la quiebra entre síndico y trabajadores.

d) La exigibilidad anticipada de todas las obligaciones del fallido.

Este efecto procede en virtud que el juicio de quiebras tiene un carácter universal, según lo antes dicho, pues tiene el fin de pagar todas las deudas de todos los acreedores, incluso, y este es el objetivo de este efecto, de aquellas deudas que no sean actualmente exigibles. De lo contrario, si sólo se pagaran las deudas exigibles al momento del juicio de quiebras implicaría una desprotección y una afectación a los derechos de los acreedores, que pendiendo su crédito, no podrían participar de la liquidación de los bienes del deudor.

²⁹ Artículo 162 inciso 6° Código del Trabajo. En: CHILE. 2014. Código del Trabajo [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>> [consulta: 14 diciembre 2015].

e) La suspensión del derecho a ejecutar individualmente al quebrado.

La prohibición de ejecutar individualmente al fallido tiene su fundamento en las características de unidad y universalidad del juicio de quiebras. Se pretende con este juicio, ya que involucra a todos los acreedores y a todos los bienes del deudor, el pago de sus correspondientes obligaciones. Este juicio puede ser iniciado por el deudor (calificado) o por uno o más acreedores, lo que significa que aunque sea uno solo quien inicia la tramitación, los efectos alcanzarán a toda la masa de acreedores, los que tendrán la obligación de verificar sus créditos dentro de un plazo establecido por la Ley so pena de perder su derecho. Por lo tanto, lo deseable de un acreedor diligente es que esté preocupado de sus créditos y los haga valer dentro de la oportunidad procesal establecida, ya sea iniciando el juicio o verificando su crédito, lo que explica este efecto de la declaratoria de quiebra.

f) La acumulación de juicios.

Como su nombre lo indica, esta consecuencia de la declaratoria de quiebra implica la reunión de todos los juicios que estuvieren pendientes contra el fallido, aunque sean vistos por otros tribunales, inclusive por otras

jurisdicciones. La condición para unificarlos es que el objeto de esos juicios sea la afectación de los bienes del fallido, salvo las excepciones legales³⁰, por ejemplo, los seguidos antes jueces árbitros y los juicios posesorios. En el caso de los juicios laborales no hay norma expresa que los excluya. Al respecto el profesor Sandoval señala que:

“Los juicios del trabajo no se encuentran excluidos de la acumulación en forma expresa por la Ley de Quiebras; no obstante, la jurisprudencia de nuestros tribunales, bajo la vigencia de la antigua Ley de Quiebras determinó que el juez del trabajo debe seguir conociendo de los juicios, aun cuando se haya declarado en quiebra al demandado, hasta la sentencia de término y el acreedor demandante verifica su crédito conforme a lo que resuelva el juez del trabajo”³¹.

Ante el vacío normativo, resulta clave que se siga prefiriendo la protección de los derechos de los trabajadores, misión que requiere de una jurisdicción con conocimientos especiales. Es decir, una deuda laboral puede considerarse un presupuesto de la quiebra, pero no se discuten en el mismo juicio de quiebra otras acciones laborales declarativas, como por ejemplo, el despido de los trabajadores. Sin embargo sería diferente el tratamiento para los juicios laborales ejecutivos y/o de cumplimiento. En

³⁰ Artículo 70 Ley N° 18.175. En: CHILE. 2013. Código de Comercio, Libro IV. Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile.

³¹ SANDOVAL L., R. Ob. Cit. p. 99.

efecto: “Se estima en cambio, que esta clase de juicios laborales –ejecutivos y/o de cumplimiento- sí deben acumularse al juicio de quiebras, toda vez que se trata de una situación en que ya existe un título en que el derecho del trabajador está reconocido. Asimismo el inciso 4 del artículo 70 de la Ley de Quiebras se refiere especialmente a los juicios ejecutivos y la acumulación al proceso de la quiebra, sin distinguir la naturaleza del procedimiento ejecutivo”³².

Además, en sede civil, los empleados participarán de la verificación y pago de sus créditos.

Tras revisar los efectos inmediatos de la quiebra, sólo mencionaré los efectos retroactivos de la quiebra³³ que tienen como objetivo mirar hacia el pasado, para poder verificar las actuaciones del fallido y anular aquellas que puedan afectar el crédito de la masa de acreedores cuando se vayan a liquidar los bienes. Este período sospechoso es fijado por el síndico y se produce dentro del lapso de tiempo de dos años, anteriores a la declaratoria de quiebra. Se pueden señalar tres efectos retroactivos: a) Los que se

³² UNIDAD DE DEFENSA LABORAL. 2011. La quiebra del empleador y derechos de los trabajadores. Revista Laboral Chilena. N° 193.p.62.

³³ N. del A. Para mayor información sobre los efectos retroactivos de la quiebra pueden acudir a los manuales de Derecho Comercial de los profesores SANDOVAL L., R. Ob. Cit. pp. 118-133 y EYZAGUIRRE S., G. y GÓMEZ B. Ob. Cit. pp. 249-277.

originan respecto de los actos celebrados a título gratuito; b) Los que afectan los actos jurídicos celebrados a título oneroso y c) Las acciones revocatorias.

Revisados los antecedentes de la Ley de Quiebras N° 18.175, se puede concluir que este juicio es una realidad compleja, tanto para el empresario fallido como para sus acreedores, especialmente el caso de los trabajadores, porque los afecta directamente tanto por su puesto laboral como por el pago de los emolumentos propios del despido.

Además, resulta clave entender la aplicación del juicio de quiebras y los efectos inmediatos que provoca la declaración de este estado excepcional, porque con este pronunciamiento se inician la mayoría de los problemas de los dependientes. Puesto que al declararse la quiebra es el síndico quien toma todas las decisiones que pueden afectar la masa de acreedores y el destino de la empresa y los contratos de trabajo.

Como indica Fernández: “Las normas legales de cada una de las ramas del derecho no pueden ser interpretadas aisladamente, sino en conjunto con otras ramas con las cuales tengan conexión”³⁴. Es así como el Derecho

³⁴ FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p .291.

Comercial y el Derecho Laboral tienen, en materia de quiebras, una estrecha relación práctica, por lo que ha sido necesaria, históricamente, su vinculación normativa, cuestión que trataremos enseguida.

1.6. Historia de la Legislación de Quiebras chilena en relación al tratamiento que se le da a los trabajadores, cuando el empleador cae en la insolvencia.

Según el profesor Caamaño³⁵, se pueden establecer como antecedentes de la situación de los trabajadores frente a la quiebra, los siguientes períodos:

La normativa laboral contenida en el Código del Trabajo de 1931 hace una pequeña referencia a la quiebra, señalando en su artículo 163 N° 4 como causal de término del contrato individual los casos de quiebra del empleador, “sin que en esta norma se explicitaran los derechos que se les reconocían a los trabajadores ante tal evento”³⁶. De lo anterior, se infiere que los trabajadores debían ser tratados según el marco general contenido en la Ley concursal N° 4.558 que entró a regir en el año 1931, es decir, se

³⁵ N. del A. Análisis histórico sacado del libro del profesor CAAMAÑO R., E. Ob. Cit.

³⁶ CAAMAÑO R., E. Ob. Cit. 189.

les entregaba igual tratamiento que a los demás acreedores, sin preferencia alguna.

Posteriormente, en el año 1966, mediante la Ley N° 16.455 se realiza una modificación general, unificándose el sistema de terminación del contrato de trabajo, que regulaba el Código de la materia, en base a un sistema general de estabilidad relativa; lo que se traduce en que será necesario invocar una causal legal para poder desvincular a un trabajador de sus funciones: “En este nuevo modelo normativo se deroga la vieja disposición del Código del Trabajo de 1931 y no se hace mención alguna a la posibilidad de terminar los contratos de trabajo en razón de la quiebra”³⁷.

Un tercer período, en el cual el Decreto Ley N° 2.200 de 1978 derogó el Código del Trabajo de 1931. Con todo, igual se mantuvo por un tiempo el sistema de estabilidad relativa de la Ley N° 16.455, pero sin mencionar como causal la quiebra del empleador. Así: “La única diferencia notable frente a la anterior normativa laboral, es el artículo 69³⁸, que estableció

³⁷ CAAMAÑO R., E. Ob. Cit. 190.

³⁸ Artículo 61 Código del Trabajo, que prescribe: Gozan del privilegio del artículo 2472 del Código Civil, las remuneraciones adeudadas a los trabajadores y sus asignaciones familiares, las imposiciones o cotizaciones y demás aportes que corresponda percibir a los organismos o entidades de previsión o de seguridad social, los impuestos fiscales devengados de retención o recargo, y las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que corresponda a los trabajadores; todo ello conforme al artículo 2473 y demás pertinentes del mismo Código. Estos privilegios cubrirán los reajustes, intereses y multas que

protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador; la que se mantendrá en textos legales posteriores... sin ninguna modificación”³⁹.

En códigos del trabajo posteriores al publicado en el año 1978 y luego de las reformas realizadas por los Gobiernos de la Concertación, aún se mantuvo un vacío sobre la vinculación entre la insolvencia del empleador y la terminación de los contratos de trabajo de sus empleados.

1.7. Problemática que resulta de la aplicación de la Ley de Quiebras N° 18.175.

La legislación de quiebras establecida en la Ley N° 18.175 (incorporada al Libro IV del Código de Comercio) nació, al igual que su antecesora, para frenar una crisis económica mundial que azotó a Chile en el año 1982. Por tanto, su principal objetivo era acabar con el problema de la multiplicidad

correspondan al respectivo crédito. Para los efectos de lo dispuesto en el número 5 del artículo 2472 del Código Civil, se entiende por remuneraciones, además de las señaladas en el inciso primero del artículo 41, las compensaciones en dinero que corresponda hacer a los trabajadores por feriado anual o descansos no otorgados. El privilegio por las indemnizaciones legales y convencionales previsto en el número 8 del artículo 2472 del Código Civil, se regirá por lo establecido en dicha norma. Si hubiere pagos parciales, éstos se imputarán al máximo referido. Sólo gozarán de privilegio estos créditos de los trabajadores que estén devengados a la fecha en que se hagan valer. Los tribunales apreciarán en conciencia la prueba que se rinda acerca de los créditos privilegiados a que se refiere el presente artículo. En: CHILE. 2014. Código del Trabajo. Ob. Cit.

³⁹ CAAMAÑO R., E. Ob. Cit. p. 190.

de quiebras declaradas en el país⁴⁰ de la forma más rápida posible. La necesidad de orientar esa concepción y modernizarla es clave para lograr un estándar de eficiencia, ya que Chile, según el ranking Doing Business de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) del año 2013⁴¹, está ubicado en el puesto número 110 con respecto al ítem de Resolución de la Insolvencia, de un total de 183 economías. Este número sale del análisis de varios indicadores, fundamentalmente, la duración del procedimiento, que es de 4.5 años a comparación del promedio de la OCDE que es 1 año y 7 meses; el costo del procedimiento, superando con creces el de la OCDE, que es de un 8.8% del patrimonio liquidado, mientras que en nuestro país es el 15% del patrimonio liquidado y la tasa de recuperación que obtienen los acreedores del procedimiento concursal, cuya cifra es del 25%, siendo dramáticamente baja en comparación al promedio de los países de la OCDE que tienen una tasa del 68%. Es así, como “los costos de la quiebra son relevante no sólo para evaluar la eficiencia de la legislación de un país, sino que también a la hora de determinar la estructura de capital y

⁴⁰ N. del A. Datos sacados de apuntes de clases del profesor Arturo Prado el número subió de 25 quiebras que había declaradas el año 1973 a 882 quiebras que se declaran en 1982.

⁴¹ N. del A. Cifras obtenidas En: ASOCIACIÓN DE EMPRENEDORES DE CHILE. Ob. Cit. p. 2.

costo de financiamiento de la empresa”⁴². Por eso, resulta laudable la idea que se legisle en un período de estabilidad económica, porque la creación refleja directrices con sentido de mantener estabilidad a nivel macroeconómico, por lo que “constituye un paso clave para consolidar a Chile como una economía moderna donde la entrada y salida de los mercados se da de manera dinámica y sencilla”⁴³.

Según cifras recopiladas por Bonilla y Gutiérrez, se puede sostener que los principales perjudicados por las quiebras con su aletargado y costoso procedimiento son las PYMES⁴⁴, “que en Chile son el motor del empleo en la economía”⁴⁵. Esta situación se explica, porque se les cierran las puertas del crédito (paliativo de la insolvencia) y, porque al liquidarla, el porcentaje mayoritario de los activos es usado para financiar el costo del proceso y la sindicatura, a diferencia de entidades empresariales de mayor tamaño, en las cuales, esos costos se diluyen y permiten una mayor tasa de recuperación de los otros acreedores. Teniendo tal premisa fáctica, la quiebra de las PYMES

⁴² BONILLA M., C. y GUTIÉRREZ C., E. 2007. Costos directos en las quiebras. El caso chileno. [en línea] <<http://www.capic.cl/capic/media/art5vol5.pdf>> [consulta: 23 de octubre de 2014].p. 56.

⁴³ LIBERTAD Y DESARROLLO. 2013. “Insolvencia, Reemprendimiento y facilidad para hacer negocios en Chile”. [en línea] <http://w.lyd.cl/wp-content/files_mf/tp1135nuevaleydequiebrasdoingbusiness.pdf> [consulta: 20 de septiembre 2014]. p. 7.

⁴⁴ N. del A. es menester hacer presente que esta sigla es representativa del sector económico empresarial y designa a las pequeñas y medianas empresas.

⁴⁵ BONILLA M., C. y GUTIÉRREZ C., E. Ob. Cit. p. 56.

perjudica a la mayoría de las fuentes de empleo, por eso es que deben establecerse mecanismos eficaces que permitan su paso por la liquidación de una forma menos traumática y costosa, en donde sean los acreedores los que más se beneficien del activo realizado, por sobre el mecanismo de liquidación.

Un escenario como este entrega incentivos perversos a las empresas, en la medida que resulta tan costoso el procedimiento, económica como emocionalmente, que muchas veces prefieren quedar en la clandestinidad, sin institucionalizar su insolvencia, porque para ellos puede ser mucho peor el remedio que la enfermedad. Lo anterior, trae como consecuencia que sean menos las insolvencias judicializadas, lo que resulta más perjudicial para los acreedores, especialmente, destaco la vulneración de derechos a la que son expuestos los empleados, por parte de los empleadores quebrados.

Según las cifras de la OCDE, antes mencionadas, el tratamiento que el Estado de Chile le da a la insolvencia tiene bajas tasa de recuperación del crédito por parte de los acreedores, en comparación con el promedio de los demás países pertenecientes a ese tratado.

A continuación, recojo las estadísticas del estudio hecho por los autores antes citados⁴⁶, donde comprueban empíricamente las cifras de recuperación que tienen los diferentes acreedores. En éstas doy especial mención a los acreedores que más recuperan sus acreencias tras la liquidación, partiendo por las costas judiciales con un 92% de recuperación, le siguen los trabajadores con un 91% y el Fisco con un 50%, dado el orden de prelación establecido en el artículo 2472 del Código Civil⁴⁷. Situación que es muy favorable para los trabajadores, dada la especial situación de crisis familiar que se genera cuando una persona pierde su fuente de empleo, ya que se ven afectados no sólo los trabajadores sino que, también, su familia. Sin embargo, para que se llegue a la situación final del pago de sus emolumentos es necesario pasar por complejas situaciones que más adelante detallaré.

Además, es relevante agregar que, según una encuesta realizada por la Asociación de Emprendedores de Chile, a la hora de preguntar a los propios empresarios por la actual legislación⁴⁸ que rige las quiebras en el país, el 60% de los emprendedores señaló que esta no favorece el

⁴⁶ BONILLA M., C. y GUTIÉRREZ C., E. Ob. Cit. p. 59.

⁴⁷ CHILE. 2013. Código Civil. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. Artículo 2472.

⁴⁸ N. del A. Es menester aclarar que se trata del período previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.720 el día 9 de octubre de 2014.

reemprendimiento⁴⁹. Aún más, dado lo antes señalado, que se declare en quiebra una PYME significa su muerte económica y el desprestigio total de sus administradores.

Lo antes mencionado, no es sólo una opinión subjetiva de los principales involucrados, sino que, en efecto, el basamento del régimen concursal del Libro IV del Código de Comercio es la liquidación de las empresas, obedeciendo a su conformación histórica. Más aún, existe un nivel de criminalización de los deudores que son declarados fallidos, en razón de si fue dolosa, culpable o fortuita. Lo que no tiene razón de ser, porque, como mencionamos anteriormente, es una normalidad el estado de insolvencia entre los emprendedores. Este panorama se ve agravado en razón que existe un único mecanismo de liquidación, sin distinguir entre personas naturales y empresas.

En conclusión, los procedimientos concursales son excesivamente lentos y costosos, lo que repercute en la tasa de recuperación del crédito de los acreedores, ya que mientras mayor sea la duración del proceso menor será la tasa de recuperación de los créditos, repercutiendo directamente en la faz

⁴⁹ ASOCIACIÓN DE EMPRENDEDORES DE CHILE. Ob. Cit. p. 23.

privada de la insolvencia. Sin embargo, si tomamos en cuenta su cariz público, podemos entender que al afectar el crédito público, también afecta directamente a las inversiones, tanto nacionales y extranjeras, ya que en la eventualidad que no les resulte su negocio, probabilidad amplia que se ve graficada en cifras del Ministerio de Economía⁵⁰, donde se señala que el 52% de los emprendedores (en cualquier nivel) son reemprendedores. Para hacerse cargo de esta realidad, se requieren soluciones rápidas para impulsar y redestinar su inversión. Así, actuando con máxima diligencia, se pueden dar los incentivos correctos para que no haya un perjuicio económico a nivel país, por problemas del marco institucional que regula la materia de quiebras.

Con el fin de dar cuenta de la aplicación de la legislación concursal, requerí verificar el objeto de estudio de esta materia, que es la quiebra. Además de describir y analizar los principios que lo informan. Lo anterior, con la finalidad de descifrar la lógica económica que rodea este estudio y que me permite entender la importancia de la relación de estas dos áreas del Derecho, relación que se da intentando equilibrar los estándares de razonabilidad económica en la empresa y el principio de tutela de los

⁵⁰ ASOCIACIÓN DE EMPRENDEDORES DE CHILE. Ob. Cit. p. 2.

derechos de los trabajadores que ejercen sus funciones para la empresa con problemas de insolvencia.

Igualmente en el desarrollo de este apartado también pude analizar los antecedentes que impulsan el cambio normativo en materia de quiebras, porque el sistema que regulaba la Ley N° 18.175 estaba basado en procedimientos anquilosados que no lograban ser eficientes para llevar el ritmo de la economía moderna.

CAPÍTULO II: TRATAMIENTO QUE LE DA LA LEY DE QUIEBRAS N° 18.175 A LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES, CUANDO CAE EN INSOLVENCIA SU EMPLEADOR.

A lo largo de este capítulo, analizaré el tratamiento que le da la legislación concursal chilena a los derechos de los trabajadores sujetos a contrato individual, cuyo empleador cae en insolvencia, para responder con esto a la cuestión planteada que es ¿Cuál es el tratamiento que le da la Ley N° 18.175 de Quiebras a los trabajadores, sujetos a contrato individual de trabajo, cuyo empleador cae en insolvencia?

2.1. Antecedentes previos a la declaración de quiebra.

Como se señaló en el primer capítulo de esta memoria, la quiebra es un juicio declarativo al que es sometido un deudor, cuando concurren las causales legales de cesación de pago, para satisfacer las deudas de los acreedores.

En el caso de los trabajadores, estos pueden advertir la insolvencia del empleador cuando este “no da cumplimiento a la legislación laboral, previsional y a los contratos de trabajo y comerciales, por problemas de

financiamiento”⁵¹. Ante esta situación de desconcierto, la Dirección del Trabajo (DT)⁵² aconseja que los trabajadores tomen las siguientes medidas:

- a) Solicitar al empleador en forma individual o a través del sindicato, información acerca de las causas efectivas que han llevado a los incumplimientos;
- b) Solicitar una fiscalización a la Inspección del Trabajo;
- c) Recopilar y reunir el máximo de documentación laboral y previsional y otros antecedentes en los cuales se establezcan las prestaciones impagas y;
- d) Tomar contacto y solicitar asesoría de un abogado para que estudie la posibilidad de resguardar, adecuada y oportunamente, los derechos de los trabajadores.

2.2. Opciones del síndico tras la quiebra.

Declarada la quiebra del deudor pueden darse tres situaciones con la empresa fallida, y que traen diferentes consecuencias para los trabajadores. A continuación, describiré sucintamente⁵³ los efectos de cada una de ellas en materia de terminación del contrato individual de trabajo:

⁵¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2008. Quiebra en la empresa. La información que los trabajadores y trabajadoras necesitan. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/1601/articles-95579_recurso_1.pdf> [consulta: 11 de septiembre 2014]. p. 3.

⁵² DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2008. Ob. Cit. pp. 3-4.

⁵³ N. del A. Para mayor información véase en: PEDREROS G., C. 1997. La quiebra y los derechos de los trabajadores. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, Chile. pp. 33-60.

- a) Si existe realización inmediata de los bienes del fallido.

En este caso, una vez que opera el desasimiento de los bienes del deudor, el síndico procederá a la venta de los activos de la empresa y al pago de la mayor parte de los créditos. Además el síndico de quiebras, en representación del empleador, deberá “proceder a dar término a los contratos de trabajo según las causales legales que corresponda”⁵⁴. Por lo cual podrá invocar cualquiera de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo.

- b) Si se declara la continuidad del giro de la empresa.

Esta situación se define por la Superintendencia de Quiebras como la “mantención de su actividad productiva con el objeto de atender en mejor forma o con mayor provecho el pago de todos sus créditos”⁵⁵. La mantención productiva de la empresa es finita, no pudiendo sobrepasar los dos años. Según Carlos Pedreros⁵⁶, en esta situación el síndico puede optar por:

⁵⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2008. Ob. Cit. p. 4.

⁵⁵ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2008. Ob. Cit. p.5.

⁵⁶ PEDREROS G., C. Ob. Cit. p.53.

- i) Poner término a los respectivos contratos de trabajo: este es el caso más usual y se sigue lo antes dicho en referencia a la realización inmediata de los bienes del fallido.
- ii) Continuar con los contratos vigentes hasta el término de la vigencia de la Continuidad de Giro: en este caso la relación laboral sigue en las mismas condiciones que se encontraba antes de la declaratoria de quiebra. En efecto: “Si se despide a los trabajadores, deberá pagarles las respectivas indemnizaciones que les correspondan y demás beneficios legales y contractuales”⁵⁷.
- iii) Vender la empresa como Unidad Económica al término de la Continuidad de Giro con contratos vigentes: En este caso no es necesario poner término a los contratos de trabajo, “ya que el empresario que compra se hace cargo de todas las obligaciones contraídas por la empresa fallida”⁵⁸, por aplicación del artículo 4 del Código del Trabajo⁵⁹.

⁵⁷ PEDREROS G., C. Ob. Cit. p.55.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ CHILE. Código del Trabajo. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articles-95516_recurso_2.pdf> [consulta: 17 de enero de 2016].

c) Si los bienes se venden como unidad económica.

Según Pedreros: “Unidad Económica es el fenómeno jurídico que se produce en la Quiebra cuando se venden los bienes del fallido en totalidad o en parcialidad, para satisfacer de mejor forma los créditos de los acreedores”⁶⁰. En materia laboral, el adquirente podrá optar por terminar los contratos de trabajo vigentes y pagar los emolumentos laborales debidos a los trabajadores o nuevamente vender la empresa como un todo. Este tratamiento es manifestación del “principio de continuidad de la empresa consagrado en el artículo 4”⁶¹ inciso 2 del Código del Trabajo:

“Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores”.

2.3. Consecuencias de la declaración de quiebra.

2.3.1. Derechos del trabajador tras la declaración de quiebra.

La Superintendencia de Quiebras señala que una vez declarada la Quiebra del empleador, el trabajador “tiene derecho a cobrar

⁶⁰ PEDREROS G., C. Ob. Cit. p. 56.

⁶¹ FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p. 300.

remuneraciones impagas, feriado legal y/o proporcional, asignaciones familiares, indemnización sustitutiva de aviso previo, indemnización por años de servicio, fueros maternales y sindicales y, en general, todas las prestaciones adeudadas de origen laboral”⁶².

2.3.2. Eficacia de las causales de terminación del contrato individual de trabajo, frente al fenómeno de la quiebra.

En base a lo previamente expuesto, queda en evidencia que no es mencionada la quiebra del empleador como justificación válida para finiquitar una relación laboral.

Considerando que estamos bajo un régimen de estabilidad relativa del empleo, es decir, aquel sistema en que existe la necesidad de invocar una causal legal y expresa para proceder al despido válido de un trabajador, no se explica que haya un vacío normativo sobre la situación de los trabajadores del fallido siendo que estamos frente a un fenómeno jurídico-social tan importante como es la quiebra, donde se afecta a un colectivo tan importante.

La problemática laboral que surge en la práctica frente a la insolvencia del empleador es abismal. En ésta se ven afectados no sólo

⁶² DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2008. Ob. Cit. p. 6.

los intereses de los trabajadores sino que también de los empleadores. El trabajador, porque puede ser vulnerado en sus derechos, debido a que está sujeto a arbitrariedades del empleador sobre la mantención o no del puesto de trabajo, además de la incertidumbre del pago de las acreencias debidas, el fuero, y otros derechos laborales. A su vez, el los intereses del empleador pueden verse afectados, porque está en la inseguridad de si le aceptan o no la causal invocada por el síndico, lo que puede traducirse en una especie de sanción que se grafica en un aumento en la indemnización que deba pagar al trabajador, perjudicando así a la restante masa de acreedores.

En su intento por dar solución a esta problemática, la doctrina, la jurisprudencia y los órganos administrativos de la materia, han entregado soluciones tentativas, que si bien han sido una solución provisoria, porque no resuelve el problema de fondo, han intentado unificar los criterios para tratar de establecer seguridad jurídica frente al fenómeno de la quiebra. A continuación, señalaré lo que se ha gestado para dar solución a este problema:

i. Jurisprudencia.

El rol de la jurisprudencia ha sido importante para solucionar las controversias que se suscitan con motivo de la inexistencia de una causal expresa frente a la quiebra del empleador. La jurisprudencia es vacilante y se ha podido establecer en ella la existencia de cuatro criterios sucesivos, históricamente utilizados, para juzgar la situación del trabajador que es despedido por la insolvencia. Estos son:

- **Terminación de la obra o faena⁶³.**

En un primer período, se aducía esta causal de terminación para fundamentar el despido tras la declaratoria de quiebra, justificado en la idea que tras el desasimiento de los bienes del fallido y su toma en posesión por parte del síndico, las instalaciones del establecimiento donde prestaba los servicios el trabajador eran cerrados para la liquidación de sus bienes y posterior pago de los acreedores. “En este sentido se falló en sentencia de la Corte del Trabajo en Santiago, de fecha 10 de abril de 1980, en autos caratulados “Contreras Gamboa

⁶³ N. del A. La causal de despido por “conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato” originalmente se encontraba establecida en el artículo 23, letra c) del D.L. N° 2.200. Sin embargo en la actualidad está regulada en el artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo, que prescribe lo siguiente “El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos: 5.- Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato”. En: CHILE. 2014. Código del Trabajo. Ob. Cit.

Jimena y otros con Aycaguer S.A.C.I.” Rol N° 70.133, rechazándose un recurso de queja y manteniendo lo resuelto por el Tribunal a quo”⁶⁴. A continuación se señalan los considerandos más importantes para fundamentar esta postura:

“3.- El cierre del establecimiento mercantil trajo como consecuencia la terminación de los contratos de las demandantes, por la causal contemplada en la letra c), del artículo 23, del D.L. N° 2.200, como lo ha reconocido V.E. en diversas oportunidades, ya que en el caso *sub-litis* el cese de las actividades industriales de la demandada produjo la conclusión del trabajo o servicio que dieron origen a los diversos contratos de los actores”

“4.- Que, evidentemente el término de servicios de los actores lo ha sido por justa causa, cual es la declaratoria de Quiebra de la reclamada. Sobre esto último, conviene precisar que si bien este estado o situación en que se encuentra el deudor fallido no figura como causal de caducidad de las respectivas convenciones, no es menos cierto que los servicios no han cesado por el motivo legal que prevé la letra c) del artículo 13 del D.L. N° 2.200, esto es, la “conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato”, por lo que la acción deducida no puede prosperar”.

De los considerandos transcritos se puede colegir el mal uso de esta causal, ya que toma como base un mismo resultado, que es la terminación

⁶⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1980, volumen 77, página 68, sección tercera. En: PEDREROS G., C. Ob. Cit. p. 35-36.

de la obra o faena, pero no sigue la lógica por la cual fue construida, es decir, que el contrato sea celebrado inicialmente bajo una modalidad finita que es la condición de cumplir con la prestación y no el que se haya cerrado la empresa por la ejecución de los bienes del fallido. Como dice Pedreros: “En la misma época, otra sala contradice lo anterior. En el fallo de 28 de abril de 1981, se dio lugar al recurso de queja por esta misma materia, en autos caratulados “Acevedo Donoso Heide y otros con Central Yungay S.A.C.I”, rol N° 74.390, del Quinto Juzgado Civil de Santiago”⁶⁵.

La sentencia establece en su considerando cuarto:

“4.- Que...la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, sólo podría comprender (como causal) el estado de Quiebra, si los actores hubieren sido contratados para un trabajo o servicio determinado, lo que no se ha alegado ni menos probado por la demandada...”⁶⁶

A mi entender, considero injustificada la utilización de esta causal y me inclino por lo dicho en la jurisprudencia contraria, que señala que la naturaleza de esta causal es para normar una condición de trabajo en específico, donde se pactó su forma de terminación desde un principio y, por tanto, no puede aplicarse a la insolvencia declarada del empleador. Esto

⁶⁵ PEDREROS G., C. Ob. Cit. p. 37.

⁶⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1980, volumen 77, página 7, sección primera. En: PEDREROS G., C. Ob. Cit. p. 37.

se traduce en que el síndico podría invocarla solamente cuando el contrato sea de esta clase finita y así evitar que se les prive a los trabajadores de las indemnizaciones legales correspondientes por el despido.

- **Caso fortuito o fuerza mayor.**

Esta causal de terminación se encuentra establecida en el artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo.

Como señala el artículo 45 del Código Civil “se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por el funcionario público, etc.”. Esto se traduce en que, para ser válido y justificado un despido por dicha causal, debe probarse que es irresistible, imprevisible e inimputable.

Me planteo la siguiente cuestión ¿Es la quiebra del empleador un hecho irresistible, imprevisible e inimputable? A primera vista, la respuesta no parece ser afirmativa, porque todo comerciante tiene el deber de llevar al día los libros de balances económicos de su negocio y, por tanto, no le puede ser ajena la idea de la cesación de pagos. La fecha de la cesación de pago será precisada por el síndico y como expresa el artículo 63 de la Ley N° 18.175 (Libro IV del Código de Comercio) “no podrá ser fijada en un

día anterior en más de dos años a la fecha de resolución que declare la quiebra”. Lo que significa que existe un largo período sospechoso en que el empleador-empresa se encuentra con dificultades económicas, las que luego se traducen en el no pago de sus obligaciones. Por lo tanto, se descarta que este sea un hecho imprevisible, concluyendo en la imposibilidad de aplicar la causal en cuestión.

Según Pedreros, “Este criterio lo encontramos sentado en el fallo de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 6 de marzo de 1980, en autos caratulados “Duarte González Patricia y otros con Importadora Wall S.A.C. e I”, Rol N° 72.228, del Primer Juzgado Civil de Santiago”⁶⁷. Al efecto, queda de manifiesto en el considerando décimo cuarto:

“14.- Que, la declaratoria de quiebra es un reconocimiento judicial del estado de insolvencia del empleador, y por ello para determinar la responsabilidad empresarial habría que determinar si tal insolvencia se debió a su hecho o culpa o si por contrario fue un imprevisto imposible de resistir. En el primer caso, esto es, si se debió a su hecho o culpa, la insolvencia no podrá liberarlo de responsabilidad, pues es contrario a cualquier principio mínimo de equidad que alguien se aproveche de su propia culpa. Si por el contrario, el empleador llegó a la insolvencia por hechos imposibles de resistir, tales hechos serían

⁶⁷ PEDREROS G., C. Ob. Cit. p. 38.

constitutivos de fuerza mayor y, en consecuencia, liberatorios de cualquier responsabilidad”⁶⁸.

Según Baeza, “Asimismo se ha sostenido que la calificación de la quiebra como fortuita, culpable o fraudulenta no tiene relevancia a los efectos de configurar una situación que justifique la terminación del contrato de trabajo”⁶⁹. Dicha situación dejaba al trabajador en la incertidumbre de recibir o no las indemnizaciones por el despido, haciéndolas procedentes sólo si era calificada la quiebra como fortuita. Sin embargo, es reprochable esta razón, porque la calificación de la quiebra tiene el objetivo de sancionar penalmente a la empresa, entre otras normas especiales y no tendría que afectar a los empleados.

Otro argumento a considerar para rechazar esta causal como justa es la idea de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, por lo que comparto la idea de Carlos Pedreros, donde clarifica este hecho y agrega la idea de la nula participación del trabajador en este estado de cosas, por lo que no debe castigársele a él. El autor mencionado señala que:

“Tampoco sería éste un criterio correcto para poner término los contratos de trabajo, porque la

⁶⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1980, volumen 77, página 7, sección primera. En: PEDREROS G., C. Ob. Cit. p. 39.

⁶⁹ BAEZA P., S. La quiebra y la Terminación del contrato de trabajo. En: FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p.297.

administración y el riesgo son exclusivamente facultades del empleador, por tanto, la Quiebra al trabajador le es totalmente ajena, ya que no ha tenido ninguna participación en ella, por lo que no debiera serle aplicable esta causal para la terminación de la relación contractual laboral”⁷⁰.

Este fundamento es acogido en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, 11 de octubre de 2000, recurso de apelación, causa Rol N° 3399-2000, caratulados “Guillermo Kennedy Román; Víctor Hugo Donoso Hernández; otros; con Inmobiliaria Gerpas SA”⁷¹. En el considerando cuarto concluye:

“Que, en primer término, y conforme a lo resuelto por el tribunal de la causa, cabe precisar, que la sentencia en alzada se encuentra en general ajustada a derecho, ya que la quiebra no puede ser considerada como caso fortuito o fuerza mayor, dado que ésta no constituye sino el riesgo extremo a que está sujeto el que asume una actividad comercial o empresarial, y que por lo tanto, debe recaer exclusivamente en el empleador y no en los trabajadores, que no han tenido parte en la gestión y/o administración de ella”.

⁷⁰ FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p. 40.

⁷¹ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, 11 de octubre de 2000, recurso de apelación, causa Rol N° 3399-2000, identificador Legal Publishing CL/JUR/1407/2000; 18257_CA. En pie de página FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p. 296.

- **Necesidades de la empresa.**

Esta causal de despido está establecida en el artículo 161 inciso 1 del Código del Trabajo⁷² y cuya aplicación en el caso de la quiebra del empleador tiene sus pros y sus contras. Por un lado se establece que es favorable, ya que, a diferencia de los otros criterios utilizados, éste permite a los trabajadores gozar de las indemnizaciones correspondientes a años de servicio y a la del aviso previo, pagos que resultan fundamentales como paliativos al desempleo. Sin embargo, como se trata de una solución provisoria puede ser incierta a la hora de judicializar un conflicto. Si bien fue aceptada por muchos tribunales de instancia, la Corte Suprema la terminó desechando en un fallo de 28 de abril de 1981⁷³.

El punto desfavorable de utilizar esta causal de despido, como el máximo tribunal argumentó en el considerando cuarto de la mencionada sentencia, consiste en que:

“Y en cuanto a la segunda, “necesidades de la empresa” (como causal de término) no resulta aplicable toda vez que para ello es indispensable

⁷² N. del A. Para mayor información se transcribe el artículo 161 inciso 1 del Código del Trabajo “...el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores...”. En: CHILE. 2014. Código del Trabajo [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>> [consulta: 14 Enero 2015].

⁷³ N. del A. Fallo antes citado a propósito del criterio sobre la terminación de la obra o faena en la página 50.

que la empresa continúe sus actividades, por cuanto esta causal tiene precisamente por objeto mantenerla en funcionamiento, procurando ahorro en sus gastos para evitar males mayores”⁷⁴

Por tanto es improcedente dicha causal, porque la quiebra no cumple con los supuestos de aplicación, esto es que la empresa siga ejerciendo sus funciones de forma más eficiente, al haber aminorado los costos de personal, cuestión que en la insolvencia no sucede, debido a que la empresa es liquidada y disuelta.

También como contrapunto, Raúl Fernández Toledo señala que “la causal de necesidades de la empresa puede invocarse tanto cuando la empresa cesa por completo su actividad como cuando continúa funcionando, en razón de que el legislador no ha formulado ninguna diferencia al respecto, siendo arbitrario formularla al intérprete, pues conocido es el adagio donde el legislador no distingue no es lícito al intérprete distinguir”⁷⁵.

Ante esta situación, cabe señalar que considero virtuosa la aplicación de esta causal, en tanto que favorece más a los trabajadores que los anteriores criterios explicados, porque se le pagan los emolumentos debidos. Sin

⁷⁴ PEDREROS G., C. Ob. Cit. p.41.

⁷⁵ FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p. 292.

embargo, considero, siguiendo el criterio usado por la Corte Suprema, que no se dan los fundamentos fácticos para su aplicación, porque la quiebra es un causal de liquidación de la empresa y la causal de necesidades de la empresa obedece a la lógica de sobrellevar de mejor forma los vaivenes económicos propios de todo negocio que se mantiene en el tiempo y por lo tanto, no pueden traspasarle esos riesgos a los empleados.

- **La quiebra no constituye causal para poner término a los contratos de trabajo.**

Se ha tendido a unificar el criterio en la jurisprudencia, estableciendo que la quiebra no constituye causal para poner término a los contratos de trabajo. Dicha apreciación queda de manifiesto en las siguientes sentencias:

a) Corte Suprema, de fecha 29 de octubre de 2001, Rol N° 2.777-2001, recurso de casación en el fondo. La sentencia de reemplazo en el considerando séptimo señala:

“Que, por otra parte, nuestra legislación laboral tampoco contempla como justa causa de despido de los trabajadores; más aún, en este orden de ideas, es del caso recordar que la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que ello no puede ser asimilada a las causales objetivas de terminación

de los contratos, fijadas en los artículos 159, 160 y 161 del Estatuto Laboral”⁷⁶

Y b) el de la “Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 24 de mayo de 1983, revocando la sentencia del tribunal inferior, en autos caratulados “Reveco Arriaza , Fernando y otros con constructora Aserco”, rol N°650-83-T”⁷⁷, en su considerando octavo entrega una importante conclusión, señalando que el riesgo del negocio debe asumirlo el empresario. En palabras del juez:

“...La quiebra de la empresa es una consecuencia de los actos de administración que le preceden; esos son la causa eficiente del problema. No sin razón se ha dicho que un criterio distinto significaría derivar el riesgo empresarial a los trabajadores de la fallida, desnaturalizando el vínculo jurídico del trabajo que, de este modo, se convierte en una relación que es propia del contrato de sociedad”⁷⁸

Siguiendo la misma línea, el profesor Baeza concluye que declarada la quiebra, al trabajador deberán respetárseles sus acreencias en igualdad de condiciones con los demás acreedores, pudiendo gozar de sus privilegios,

⁷⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 148, N° 4, octubre-diciembre, 2001, sección tercera-segunda parte. p. 213. En cita a pie de página de FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p. 298.

⁷⁷ PEDREROS G., C. Ob. Cit. p. 43.

⁷⁸ Obra citada, 1983, volumen 80, página 88, sección segunda. En: PEDREROS G., C. Ob. Cit. p. 46.

sin que se les excluya con anterioridad por un despido injustificado. Lo que expresa del siguiente modo:

“...El deudor debe ser privado de la administración de sus bienes y sometido a normas que garanticen la igual opción de todos sus acreedores a pagarse, sin perjuicio de los derechos preferentes que las leyes reconozcan...”⁷⁹

Apoyo este criterio para enfrentar el problema de la quiebra del empleador, porque resulta más protector de los derechos de los trabajadores, ya que resguarda los créditos de origen laboral, debido a que el fenómeno de la quiebra es un fenómeno especial, no asimilable a las causales que regula el Código del Trabajo, cuyas soluciones terminan por afectar al trabajador y transferirle el riesgo económico del negocio, situación que se contrapone con el principio rector del Derecho Laboral, que es la protección del débil, económicamente, de la relación. A continuación se revisarán los argumentos que aduce la doctrina en esta situación.

⁷⁹ PEDREROS G., C. Ob. Cit. p 47.

ii. Doctrina.

La doctrina se ha unificado en decir que la quiebra no es causal de terminación del contrato de trabajo, lo que queda manifestado con los siguientes autores.

Carlos Pedreros señala que: “la quiebra no es causal de terminación de los contratos de trabajo, ya que de serle aplicable se desvirtuaría la esencia misma del contrato de trabajo y lo transformaría en contrato de sociedad, por lo que perdería todo sentido para los trabajadores de la legislación laboral”⁸⁰.

Otro destacado autor, Ricardo Sandoval dice en su libro que: “Nuestra posición en orden a que la quiebra del empleador no origina el término del contrato de trabajo es concordante con la jurisprudencia de la Corte Suprema”⁸¹. Esto se traduce en que avala la postura de la Corte Suprema, antes analizada, en la que no da validez a los despidos por quiebra del empleador.

Asimismo, Raúl Fernández Toledo señala que “Examinando las normas legales que rigen la extinción del contrato individual de trabajo se constata que la declaratoria de quiebra del empleador no está prevista como causal

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ SANDOVAL L., R. Ob. Cit. p. 117.

de terminación del contrato de trabajo, por lo que no puede el sólo hecho de declararse la quiebra del empleador ponerse término a las relaciones laborales que mantiene con sus dependientes, esta sola circunstancia no es causa legal de extinción del contrato de trabajo”⁸².

Tras la expresión de estas opiniones, se concluye que la doctrina está conteste en la idea que la quiebra no es causal de terminación del contrato de trabajo, porque de lo contrario sería cambiar el carácter de orden público de esta tipología contractual que se enfoca en equilibrar la relación de las partes y de proteger a la parte más débil, y lo convertiría en un contrato de sociedad, ya que sería la única manera en que el trabajador soporte justificadamente la pérdida económica que trae la quiebra, una solución diversa que no tiene sentido lógico ni jurídico.

En síntesis, tanto a la jurisprudencia como a la doctrina nacional les resulta intolerable pensar que la quiebra, de por sí, sea una justificación suficiente para terminar con las relaciones laborales, trayendo como consecuencia el no pago de los emolumentos de los trabajadores. Es en razón de esto que la problemática de los trabajadores frente a la insolvencia del empleador se ha resuelto “considerando un alto contenido social y de

⁸² FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p. 292.

equidad jurídica que es digno de destacarse por la importancia que reviste en materia laboral”⁸³. Además, no invocar a la quiebra como causal en favor al pago de los trabajadores desempleados trae como posible consecuencia el ejercicio del derecho de los trabajadores a reclamar el despido injustificado y que se sancione al empleador por invocar una causal que no es válida, sancionándolo con el 50% de recargo correspondiente. Lo que finalmente termina perjudicando a la masa de acreedores.

iii. Dirección del Trabajo.

La Dirección del Trabajo ha establecido que “la quiebra de la empresa no es en sí misma una causal de despido, el síndico podría invocar cualquiera de las causales de los artículos 159, 160 o 161 del Código del Trabajo. Sin embargo, el trabajador(a) tiene el derecho de reclamar la improcedencia o la no justificación de la causa de término esgrimida y obtener por ello las indemnizaciones legales y multas⁸⁴”.

En una primera aproximación a lo establecido por la Dirección del Trabajo, se puede concluir que le falta contenido sustancial, porque no define los criterios a seguir por el trabajador afectado, sino que hace una

⁸³ PEDREROS G., C. Ob. Cit. p. 43.

⁸⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2008. Ob. Cit. p. 5.

mera descripción de la realidad, siendo insuficiente para afrontar la problemática laboral masiva que genera la quiebra de un empleador. Obviamente es útil que informe sobre el resguardo que pueden hacer valer los trabajadores de sus derechos, a través de la judicialización.

iv. Superintendencia de Quiebras.

A diferencia de lo que hace la Dirección del Trabajo, la Superintendencia ilustra de buena forma a los síndicos sobre su modo de actuar, para que así no se intente vulnerar el derecho de los trabajadores con la invocación de otras causales que no den origen al pago de las indemnizaciones, ya que estas son un fuerte paliativo al desempleo. En su instructivo señala lo siguiente:

“La quiebra en sí misma no es una causal de término de contrato de trabajo, para subsanar dicha situación la Superintendencia de quiebras mediante instructivo S.Q. N° 10 de 29 de diciembre de 2009, instruyó a los síndicos de quiebras poner término a los contratos de trabajo de los trabajadores de una empresa en quiebra, invocando alguna de las causales

contempladas en el artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa o desahucio”⁸⁵.

La labor que llevan a cabo ambos organismos administrativos es de proteger los derechos de los trabajadores, tratando de dar respuesta al vacío normativo sobre la terminación del contrato de trabajo cuando se le declara la quiebra a la empresa-empleadora.

Particularmente, los lineamientos que hace la Superintendencia de quiebras son un valioso aporte, porque contribuye a respetar los derechos de los trabajadores, para que estos hagan valer sus indemnizaciones. Pero, por otro lado, como se vio en la jurisprudencia, le es conveniente también a la empresa optar por la causal de necesidades de la empresa y pagarle los emolumentos debidos al trabajador que intentar hacer valer otras causales y arriesgarse a fuertes sanciones.

2.3.3. Nulidad del despido.

La nulidad del despido o también denominada “Ley Bustos” es una sanción que fue incorporada en el artículo 162⁸⁶ del Código del Trabajo por

⁸⁵ SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS. 2009. Quiebra en la empresa. La información que los trabajadores(as) necesitan. (en línea) <www.squiebras.gob.cl> [consulta: 11 de septiembre 2014] p. 7.

⁸⁶ Artículo 162 del Código del Trabajo “Deberá enviarse copia del aviso mencionado en el inciso anterior a la respectiva Inspección del Trabajo, dentro del mismo plazo. Las Inspecciones del Trabajo, tendrán un registro de las comunicaciones de terminación de contrato que se les envíen, el que se mantendrá actualizado con los avisos recibidos en los últimos treinta días hábiles. Cuando el empleador invoque la

la Ley N° 19.631, de 28 de septiembre de 1999. Esta sanción “consiste en que el despido de un trabajador(a) no produce el efecto de poner término al contrato de trabajo si el empleador(a) no le comunica por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales correspondiente, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen”⁸⁷.

En términos generales, la obligación que nace del artículo 162 para el empleador, luego de efectuar el despido por las causales del artículo 159 números 4, 5 y 6; del artículo 160 y 161 N°1 y 2 del Código del Trabajo, es dar aviso del mismo por escrito, personalmente o por carta certificada, dentro del plazo legal de 3 días hábiles siguientes a la separación del trabajador⁸⁸, comunicación que deberá contener los hechos que originan el término de la relación laboral y la causal invocada. Además, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones

causal señalada en el inciso primero del artículo 161, el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada. La comunicación al trabajador deberá, además, indicar, precisamente, el monto total a pagar de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente. Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando”. En: CHILE. 2014. Código del Trabajo [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>> [consulta: 14 de Enero de 2015].

⁸⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. S.a. Cotizaciones previsionales al día. Un derecho de trabajadores y trabajadoras. <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-100160_recurso_3.pdf>. [consulta: 18 de diciembre de 2015]. p. 2.

⁸⁸ N. del A. Según el artículo 162 del Código del Trabajo se aplicará este plazo, salvo si se tratare de la causal señalada en el número 6 del artículo 159, cuyo plazo será de seis días hábiles.

previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo acrediten. La referencia al pago de las cotizaciones previsionales no es baladí, porque en el caso de no estar satisfecha esta deuda el despido no producirá efecto alguno, trayendo como consecuencia la imposibilidad de firmar un finiquito válido⁸⁹. Situación que deberá ser fiscalizada por el ministro de fe ante el cual se pretenda ratificar el finiquito⁹⁰.

Para el caso en que el empleador no hubiese hecho el pago íntegro de las cotizaciones previsionales, el inciso 7° del artículo 162 del Código del Trabajo prescribe que “Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al

⁸⁹ N. del A. La validez de un finiquito está dada por el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Cuando conste por escrito. 2) Por el trabajador(a), por el empleador(a) o un representante de este, y por el presidente(a) del sindicato o delegado(a) de personal o sindical respectivo. 3) Si el trabajador(a) está absolutamente de acuerdo con los hechos y la causal de despido invocada. 4) Si están pagadas las indemnizaciones que pudieran corresponder, las remuneraciones y demás beneficios que procedan; por ejemplo, el feriado íntegro o proporcional. 5) Si el empleador(a) acredita el pago de las cotizaciones previsionales. En: DIRECCIÓN DEL TRABAJO. S.a. Ob. Cit. p. 1.

⁹⁰ Los ministros de fe facultados son: inspectores del trabajo, los notarios públicos, los oficiales del Registro Civil y los secretarios municipales, correspondientes a la localidad donde se efectúa. En profundidad lo establece el Artículo 177 del Código del Trabajo, incisos 3, 4, 5 y 6. En: CHILE. 2014. Código del Trabajo [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>> [consulta: 18 diciembre 2015].

trabajador”⁹¹. La obligación que tiene el empleador de pagar en este tiempo intermedio sólo se acabará cuando convalide el despido⁹².

El problema se presenta de la aplicación de la Ley Bustos en un juicio de Quiebras, el que, como vimos en el primer capítulo, tiene principios especiales que lo rigen. En el artículo 66 del Libro IV del Código de Comercio se establece que: “La sentencia que declara la quiebra fija irrevocablemente los derechos de los acreedores en el estado que tenían el día de su pronunciamiento, sin perjuicio de los casos especialmente previstos en la ley”. Se desprende de este artículo la consagración del principio concursal de la *par conditio creditorum*, es decir que los acreedores concurren en igualdad de condiciones al pago, salvo las preferencias del artículo 2472 del Código Civil. Sin embargo, al aplicar la sanción de nulidad del despido, en el caso de los trabajadores, se seguirán acumulando las prestaciones laborales hasta la convalidación del despido.

⁹¹ La obligación de pagar las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo no será exigible cuando el monto adeudado por imposiciones morosas no exceda la cantidad menor entre el 10 por ciento del total de la deuda previsional o 2 UTM, y siempre que dicho monto adeudado se pague dentro de un plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación de la demanda respectiva. En: DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Cotizaciones previsionales al día. Un derecho de trabajadores y trabajadoras. S. a. Ob. Cit. p. 2.

⁹² El empleador podrá convalidar el despido pagando las cotizaciones previsionales y comunicando tal circunstancia al trabajador, adjuntando los comprobantes que así lo acrediten (documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes). En: CASTRO C., J.F. y ALBORNOZ P., R. 2014. Los derechos laborales en el nuevo régimen concursal Ley N° 20.720. Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile. p. 121.

Lo que significaría un aumento constante del crédito y se le restaría eficacia al efecto declaratorio de la sentencia de quiebra.

Este tema ha sido fuertemente discutido en la jurisprudencia y en la doctrina, tanto a favor de la especialidad de la materia laboral como a favor de los principios de la quiebra.

Por un lado está la postura que favorece el no aplicar la sanción de Ley Bustos en la quiebra del empleador, manifestada en la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 28 de enero de 2010, recurso de unificación de jurisprudencia, en autos caratulados “Alvarado Leiva, Luis y Otros contra Vásquez Rubilar, Osvaldo y Otros”, Rol N°7076-09⁹³. En este fallo dispone que no es posible aplicar la sanción de nulidad del despido, porque es contrario al Derecho Comercial querer grabar en demasía la masa de acreedores y dejando claro que no es aplicable el estatuto laboral para el juicio de quiebras. A continuación reproduciré los considerando más importantes donde fundamenta su postura:

Considerando sexto: “Que de conformidad con lo analizado, la deuda previsional que mantenga una empresa con sus trabajadores y la entidad

⁹³ Sentencia Corte Suprema, de 28 de enero de 2010, recurso de unificación de jurisprudencia, ROL N° 7076-09.

previsional o de salud, debe tener un tratamiento diferente según si continua funcionando normalmente o si ha caído en quiebra, ya que en esta última situación rigen las normas que le son propias al procedimiento concursal pues los acreedores deben ser pagados en la forma y orden de preferencia que la ley establece”.

Considerando noveno: “En consecuencia, se unifica la jurisprudencia en el sentido que la norma del artículo 66 y siguientes de la Ley de Quiebras prima por sobre la sanción de nulidad de despido establecida en el artículo 162, en tanto, una vez declarada a quiebra de la empleadora, no es posible gravar a la masa con mayores obligaciones que las que quedaron fijadas a la fecha”.

Existe otra forma de enfrentar el problema expuesto, esta es la que se inclina por resolver la antinomia normativa en favor de la protección laboral y que se manifiesta en el considerando quinto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 23 de noviembre de 2002, recurso de apelación, Rol N° 3959-2002⁹⁴, expresa que:

“Quinto: Que, por consiguiente, la normativa precedente, introducida al código de la especialidad por la ley N° 19.631, de 28 de septiembre de 1999, y aplicable también en el evento de despedirse a trabajadores sin expresión de causa, como ocurrió en estos autos, tuvo por objeto establecer que, en dichos despidos

⁹⁴ Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua, de 23 de noviembre de 2002, recurso de, Rol N°3959-2002. En: pie de página de FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p. 305.

efectuados, encontrándose el empleador en mora previsional, adolecerían de un vicio de nulidad, cuyos efectos según se ha resuelto, sólo equivaldrían a la suspensión relativa de la relación laboral entre las partes, toda vez que mientras tal situación se mantenga deberá continuar cancelando su remuneración hasta que convalide el despido con el íntegro de las cotizaciones adeudadas;”.

Siguiendo los lineamientos que entrega la Corte de Apelaciones, Raúl Fernández señala que se debe aplicar la norma del artículo 162 del Código del Trabajo, porque donde el legislador no distingue no corresponde hacerlo el intérprete. Asimismo, da énfasis en que la normativa laboral tiene un carácter especial, y “el segundo criterio jurisprudencial está más acorde con la regla interpretativa *indubio pro operario*, según la cual en caso que una norma tenga dos o más sentidos posibles debe aplicarse aquél que sea más favorable al trabajador. Y claramente la interpretación que es más favorable al trabajador es aquella que sostiene que la nulidad del despido no cesa con la quiebra del empleador o esta no impide su nacimiento”⁹⁵. También establece que esta postura “está en concordancia con la protección de la ley, en el artículo 2° del estatuto laboral⁹⁶, entrega a la función social que

⁹⁵ FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p. 307.

⁹⁶ Artículo 2° inciso 1 del Código del Trabajo “Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan”. En: CHILE. 2014.

cumple el trabajo y al reconocimiento de la seguridad social como un derecho humano, que la Constitución de la República garantiza en su artículo 19 N° 18⁹⁷ y en las disposiciones pertinentes contenidas en los tratados internacionales sobre la materia, ratificados por Chile”⁹⁸.

El argumento que establece Raúl Fernández, es el que, a mi juicio, resulta más concordante para la protección de los derechos de los trabajadores, dentro del sistema de la Ley de quiebras N° 18.175, porque considero que el estatuto laboral tiene el objeto de equilibrar la relación entre las partes del contrato laboral, lo que no se da en el caso del fallo de la Corte Suprema del año 2010⁹⁹, porque frente a la antinomia normativa se privilegió el estatuto comercial estableciendo como contrario a Derecho la aplicación de la Ley Bustos. En cambio, considero relevante la forma de aplicación de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua del año

Código del Trabajo [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>> [consulta: 18 diciembre 2015].

⁹⁷ Artículo 19 N° 18 de la Constitución “El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”. En: CHILE. 2015. Constitución Política de la República de Chile [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta: 18 diciembre 2015].

⁹⁸ FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p. 307.

⁹⁹ Sentencia Corte Suprema, de 28 de enero de 2010, recurso de unificación de jurisprudencia, ROL N° 7076-09.

2002, debido a que estima que se debe aplicar el artículo 162 en todo evento y que el riesgo de la empresa debe asumirlo solamente el empleador.

2.3.4. Formas de pago de las prestaciones debidas.

El pago se puede dar a través de dos vías:

- Pago administrativo: Según la Dirección del trabajo es la “forma de pagar “anticipadamente”, es decir, aún antes de la verificación judicial, los créditos provenientes de las remuneraciones y las asignaciones familiares de los ex trabajadores(as), así como las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los ex trabajadores(as) que se adeudan a la fecha”¹⁰⁰. Este procederá sólo cuando hayan fondos suficientes y se pagarán a todos los trabajadores en el mismo porcentaje. Puede requerirlo cualquier trabajador por escrito.
- Pago judicial: Según la Dirección del Trabajo, “el pago judicial o reparto de fondos es el pago que realiza el síndico, una vez que los créditos hayan sido reconocidos por el tribunal, siempre que existan fondos para ello”¹⁰¹.

¹⁰⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2008. Ob. Cit. p. 6.

¹⁰¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2008. Ob. Cit. p. 7.

Según vimos al tratar el tema de los efectos de la declaración de quiebra, procede la acumulación de juicios que tengan que ver con los bienes del deudor. Sin embargo se ha estimado que no procede en el caso laboral. Las operaciones de verificación del crédito adeudado a los trabajadores en materia civil y la judicialización por despido inválido en materia laboral, requieren la representación de abogados, situación que resulta, en la práctica, muy gravosa para los trabajadores.

2.4.5. Tipos de indemnizaciones que recibe el trabajador.

Otro asunto en que la quiebra repercute en la vida de los trabajadores son las indemnizaciones que deben pagársele al trabajador por concepto de despido. Con la Ley de Quiebras N° 18.175 no existe claridad si se debían pagar, puesto que dependía de la causal invocada. Además, existe duda acerca del tope que debe ser saldado al trabajador, tanto del monto como en el caso del tiempo. Este problema surge de la contradicción entre el artículo 163¹⁰² del Código del Trabajo y el artículo 2472 N° 8¹⁰³ del Código Civil.

¹⁰² Artículo 163 del Código del Trabajo. En: CHILE. 2014. Código del Trabajo [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>> [consulta: 14 enero 2015].

¹⁰³ Artículo 2472 N° 8 Código Civil: “Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por

Siendo la legislación común más arcaica establece más restricciones a los derechos de los trabajadores, lo que se manifiesta en que el tope para que sean pagadas las indemnizaciones con preferencia por sobre otros créditos es de tres ingresos mensuales, surgiendo la duda de si son remuneracionales o no, situación que no es mera discrepancia conceptual, debido a que los ingresos remuneracionales son más altos, lo que beneficiaría más al trabajador.

También existe discrepancia acerca del tiempo a considerar para el pago de las indemnizaciones por años de servicio, a causa que el Código Civil en el N° 8 del artículo 2472 establece un máximo de diez años y el Código del Trabajo en su artículo 163 un máximo de trescientos treinta días.

Sigo la línea que deben ser interpretadas y ejecutadas las normas que estén más a favor de los derechos de los trabajadores, esto significa considerar los ingresos como remuneracionales y utilizar el máximo de trescientos treinta días para hacer la contabilidad del crédito. Sin embargo, en la *praxis*, como suele señalarse la jurisprudencia es vacilante ante el

cada trabajador con un límite de 10 años. Por el exceso si lo hubiere se considerarán valistas”. En: CHILE. 2013. Código Civil. Editorial Jurídica. Santiago, Chile.

silencio normativo y termina entregando soluciones diversas a problemas de similares características.

2.4.6. Situación de los trabajadores sujetos a fuero.

Según Irene Rojas Miño “El fuero laboral es el derecho de determinadas categorías de trabajadores, aquellos que están en una situación de una mayor vulnerabilidad, ante la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador; quien solo podrá poner término al contrato por específicas causas definidas por ley y previa autorización judicial (art. 174, inc. 1º)”¹⁰⁴. Por otro lado la jurisprudencia lo ha entendido:

“Como una forma de protección legal de que gozan determinados trabajadores en razón del cargo o función que desempeñan (directores sindicales, delegados del personal, miembros del comité paritario de higiene y seguridad, etcétera) o de la situación en la que se encuentran (mujer embarazada o puérpera), con el fin de que no sean despedidos de su trabajo arbitrariamente, mientras perdura dicho estado. Consiste en la prohibición que tiene el empleador de poner término al contrato de trabajo sin previa autorización del juez competente”¹⁰⁵

¹⁰⁴ ROJAS M., I. Ob. Cit. p. 542.

¹⁰⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, el 11 de marzo de 2007, recurso de apelación, Rol N° 265-2007. En: FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p. 308.

El tema de los trabajadores sujetos a fuero también resulta afectado por el vacío normativo referente a la quiebra del empleador. Por lo cual debía acudirse a la normativa general establecida en el artículo 174 del Código del Trabajo que prescribe: “En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160”. Si se daba la situación en la que el síndico desvinculaba a los trabajadores sin autorización judicial, los trabajadores podían demandar a los síndicos en los tribunales laborales para poder verificar sus créditos. En el inciso segundo del artículo 174 del mismo cuerpo normativo, se señala que: “Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión”.

- Fuero maternal¹⁰⁶ .

Los tribunales nacionales¹⁰⁷ han resuelto este conflicto de la forma más propicia para la seguridad social, ya que establece la necesidad de indemnizar a la persona que goza este fuero, por todo el período que este dure. Carlos Pedreros apoya la forma en que se ha tratado esta especial condición, por los tribunales de justicia, justificando la idea en que “el fuero maternal persigue como fin mantener el empleo de la mujer para que ésta tenga asegurado sus ingresos y pueda criar y alimentar a su hijo que está por nacer o que ha nacido”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Procede “tratándose de una trabajadora que estuviere gozando de fuero maternal – que comienza desde el inicio del embarazo y dura hasta un año después de terminado el reposo post natal excluido el permiso postnatal parental – o del trabajador que estuviere usando el permiso postnatal parental, o del fuero de trabajadores que hayan obtenido el cuidado personal del menor o su tuición de conformidad a la Ley de adopción. En: DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2014. Fija sentido y alcance de los artículos 350, y 1º transitorio, de la ley N° 20.720. Dictamen ORD: N° 3519/057 [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-103893.html>> [consulta: 29 de octubre 2014]. p. 8.

¹⁰⁷ Sentencia de la Corte del Trabajo de Santiago de 1979, en autos caratulados “Gálvez con Soc. Distribuidores de repuestos de automóviles que “Si bien la resolución que declara la Quiebra pone término de inmediato de las actividades de la empresa cuya administración pasa a manos del Síndico de Quiebra, ello no puede afectar al fuero de inamovilidad de la mujer en estado de gravidez, pues tal beneficio, como se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia, es personalísimo, independientemente de la vida misma de la empresa, de modo que ampara a la mujer trabajadora aun después de extinguida aquélla, razón por la cual, al no ser factible en este caso la reincorporación, deben indemnizarse los perjuicios pertinentes”. En: PEDREROS G., C. Ob. Cit. p. 66.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

- Fuero sindical:

Este caso está regulado en el artículo 243¹⁰⁹ del Código del Trabajo, estableciendo que su duración, entre otros motivos, culminará “por el término de la empresa”, de lo que se colige que en el caso de quiebra de la empresa este fuero termina. Sin embargo, esta frase ha traído una serie de interpretaciones, tanto a favor como en contra de la terminación del fuero sindical. Para Raúl Fernández “la discrepancia de criterios se produce a nuestro entender, por la circunstancia de existir dos concepciones sobre lo que es empresa para los efectos laborales”¹¹⁰. Ambas teorías discrepan sobre el momento en que se extingue la empresa. Una de ellas señala que se acaba el fuero con la declaratoria de quiebra y la otra señala que la declaración de quiebra no extingue la empresa, ya que esta puede seguir tres opciones, como antes vimos: realización inmediata de los bienes, continuación del giro y venta como unidad económica. Según Fernández “se extingue únicamente cuando haya cesado

¹⁰⁹ Artículo 243 del Código del Trabajo “los directores sindicales gozarán del fuero laboral establecido en la legislación vigente, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea sindical, por sanción aplicada por el tribunal competente en cuya virtud deban hacer abandono del mismo, o por término de la empresa”. En: CHILE. 2014. Código del Trabajo [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>> [consulta: 14 diciembre 2015].

¹¹⁰ FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p. 309.

completamente su actividad como consecuencia de la realización sumaria u ordinaria de su activo”¹¹¹. Además agrega que la primera teoría “cae en el error de concluir que la declaración de quiebra extingue la personalidad jurídica, extinguiendo la empresa lo que no es así”¹¹².

2.5. Proyectos legislativos para dar solución a los trabajadores cuando su empleador es declarado en quiebra.

Para afrontar la cuestión laboral que se produce con la quiebra del empleador, varios parlamentarios, de distintos sectores políticos, impulsaron iniciativas de cambio legislativo, entre ellas están los boletines: N° 6.164-13¹¹³, N° 6.749-13¹¹⁴ y N° 6.782-07¹¹⁵. Pero es a través del Mensaje del Presidente de la República que “Establece la quiebra como causal de término del contrato de trabajo y adecua normas de otras leyes”,

¹¹¹ FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. p .311.

¹¹² Ibídem.

¹¹³ CHILE. Moción de la Cámara de Diputados. Número de boletín: 6164-13. Establece derechos de los trabajadores frente a la quiebra de la empresa, fecha de ingreso: jueves 16 de octubre de 2008. <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6552> [consulta: 17 de diciembre 2015].

¹¹⁴ CHILE. Moción del Senado. Número de boletín: 6749-13 “Facilita el cobro del seguro de desempleo y los seguros de cesantía involuntaria asociados a créditos de consumo”, fecha de ingreso: lunes 02 de noviembre de 2009.<https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7143&prmBL=6749-13> [consulta: 17 de diciembre 2015].

¹¹⁵ CHILE. Moción del Senado. Número de boletín: 6782-07.Modifica el Código Civil en relación con la prelación de créditos en casos de quiebra, Ingresó con fecha 01de diciembre de 2009. <http://web.sofofa.cl/wp-content/uploads/2010/12/Otros_Temas_Legislativos.pdf> [consulta: 17 de diciembre 2015].

boletín N° 8492-13¹¹⁶, donde se concreta la regulación a esta problemática y que, posteriormente fue refundido en el proyecto del boletín N° 8324-03¹¹⁷ que “Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo”, “por acuerdo de la Sala del Senado, en la sesión 97 de la Legislatura 360, de fecha 22 de enero de 2013, como indica la historia de la Ley N° 20.720”¹¹⁸. En el capítulo que sigue indagaremos las modificaciones establecidas por esta nueva ley.

¹¹⁶ CHILE. Mensaje del Presidente de la República. Número de boletín: 8492-13 “Establece la quiebra como causal de término del contrato de trabajo y adecua normas de otras leyes”, Fecha de ingreso: lunes 06 de agosto de 2012. <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8891> [consulta: 17 de diciembre 2015].

¹¹⁷ CHILE. Mensaje del Presidente de la República. Número de boletín: 8324-03. Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo, fecha de ingreso: miércoles 23 de mayo de 2012. <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8722> [consulta: 17 de diciembre 2015].

¹¹⁸ CHILE. Ley N° 20.720. 2014. Historia de la ley. Biblioteca del Congreso Nacional. [en línea] <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20720&anio=2014> [consulta: 11 de septiembre 2014] p.170.

CAPÍTULO III: REGULACIÓN QUE LE DA LA NUEVA LEY DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO N° 20.720 AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.

En este capítulo me enfocaré en evaluar, de forma crítica, el tratamiento que le da la nueva Ley de Insolvencia y Reemprendimiento al contrato individual de trabajo. Lo anterior, con el objeto de responder a la problematización que me hice al iniciar ¿cuál es la situación en Chile de los derechos de los trabajadores sujetos al régimen de la Ley N° 20.720?

3.1. Reforma al Sistema Concursal Chileno con la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento N° 20.720.

3.1.1. Características de la nueva Ley de Insolvencia y Reemprendimiento N° 20.720.

a) Nueva mirada al Derecho concursal.

El basamento de la nueva Ley tiene una concepción más moderna de entender la insolvencia de la empresa, cambia el paradigma clásico en el cual se veía la liquidación como única salida para la protección del crédito de la masa de acreedores. Ahora lo que

se busca es, en primer lugar, reorganizar, es decir, darle sobrevida a las empresas viables y como última *ratio*, liquidar los activos. Se constituirá así en un impulso al emprendimiento.

El cambio se ve manifestado incluso en la terminología a ocupar, haciendo más amable el procedimiento de insolvencia y entendiendo que en la economía es una de las opciones recurrentes. Ya no se criminalizará ni desprestigiará al fallido, ahora se le denominará como empresa o persona deudora. Tampoco se denominará este fenómeno como quiebra sino que liquidación; los convenios pasarán a ser parte de una reorganización y la figura del síndico será reemplazada por el veedor y por el liquidador, este último en el caso de liquidar la empresa.

b) Recuperación de activos.

Se pretende recuperar los activos con el uso de distintos mecanismos, entre ellos la venta sumaria, el impulso a la venta como unidad económica y, en algunos casos, la ampliación de libertad de venta de los martilleros, además de ampliar la tasa de recuperación. En efecto: “según cifras de la Superintendencia de Quiebras, se

espera que la nueva ley permita alcanzar una tasa de recuperación en alrededor de 68%”¹¹⁹. Se espera lograr una relativa equidad entre los acreedores, permitiendo cumplir con un principio fundamental del Derecho de Quiebras, que es la *par conditio creditorum*, muy mermada con el sistema de la Ley N° 18.175, donde la tasa de recuperación alcanzaba principalmente para pagar el costo del procedimiento, la sindicatura y administración de los bienes y las primeras preferencias de pago establecidas en el artículo 2472 del Código Civil, dejando, en varias ocasiones, sin saldar los créditos de los acreedores valistas. Una de las medidas que más se destaca por mejorar la distribución de los pagos y dirigirlos directamente a la masa de acreedores, es la implementación de un medio de notificaciones virtual y gratuito, denominado como Boletín Comercial, a cargo de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

Además, se destaca de la nueva Ley N° 20.720 que contempló la creación de una instancia de defensa para el deudor, al que le llamó “Juicio de oposición”. Esta etapa será previa a la dictación de la

¹¹⁹ ASOCIACIÓN DE EMPRENDEDORES DE CHILE. Ob. Cit. p.9.

liquidación y permitirá ejercer el derecho al debido proceso y el derecho a la bilateralización de la audiencia que en el caso de la Ley N° 18.175 no se cumplía, puesto que al deudor se le citaba a una audiencia en donde se le informaba que había sido pronunciado el estado de quiebra, y solamente en forma posterior podía reponer y oponerse a dicha declaración.

c) Procedimientos.

Bajo el nuevo régimen concursal, se distingue al sujeto pasivo de la insolvencia, a grandes rasgos, si se trata de una persona natural o una persona jurídica y se le aplicarán dos tipos de procedimientos, uno tendiente a la reestructuración¹²⁰ de activos y pasivos para la continuación efectiva de la misma, pactando condiciones favorables del pago de sus acreencias y el otro a la liquidación de sus bienes.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.720, no existía un tratamiento de insolvencia diferenciado entre empresa¹²¹ y persona

¹²⁰ N. del A. procedimiento de reestructuración que puede denominarse como reorganización para la empresa deudora y de renegociación para la persona deudora.

¹²¹ Artículo 2 N° 13) de la Ley 20.720 “Empresa deudora: toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del decreto ley N° 824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta. En: CHILE. 2014. Ley 20.720. Ley de Insolvencia y Reemprendimiento. [en línea], <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1058072>> [consulta: 09 de septiembre 2014].

deudora¹²², sino que se les aplicaba el mismo proceso, sin distinguir las necesidades de cada uno, lo que culminaba en un perjuicio para las personas naturales. El énfasis se ponía en el deudor como empresa que ejerciera una actividad económica comercial, industrial, minera o agrícola o quien no la ejercía, al que se le denominaba deudor calificado.

Haciendo uso de las cifras obtenidas en el estudio realizado por la Asociación de Emprendedores de Chile¹²³, los procedimientos deben ser satisfechos en plazos cortos, para disminuir la brecha que separa a Chile del promedio de países OCDE, que es de 1 año y 7 meses. Para ello la nueva Ley contempla procedimientos simplificados, logrando realizar la reorganización en menos de cuatro meses, la renegociación en menos de ciento cinco días hábiles y la liquidación en un plazo máximo de once meses para empresa deudora y de ocho meses para la persona deudora, lo que se manifiesta en resultados más eficientes y en la recuperación estimado del 68% de los créditos debidos.

¹²² Artículo 2 N° 25) de la Ley 20.720 “Persona deudora: toda persona natural no comprendida en la definición de empresa deudora”. Es decir, Se debe entender por persona deudora a: 1) Los trabajadores dependientes (personas naturales contribuyentes del artículo 42 N° 1) de la Ley sobre Impuesto a la Renta) y 2) Los demás sujetos de créditos que no sean Empresa Deudora, tales como dueñas de casa, estudiantes y jubilados. En: CHILE. 2014. Ley 20.720. Ley de Insolvencia y Reemprendimiento. [en línea], <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1058072>> [consulta: 09 de septiembre 2014].

¹²³ ASOCIACIÓN DE EMPRENDEDORES DE CHILE. Ob. Cit. p.3.

Resulta de toda lógica que los plazos de los procedimientos aplicables a las personas deudoras sean más breves, ya que se trata de deudas de menor cuantía.

3.2. Reforma al Sistema Laboral Chileno con la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento N° 20.720.

En la actualidad, podemos verificar el nacimiento de una nueva etapa, que interrelaciona la Insolvencia del empleador con la terminación de los contratos individuales de trabajos. Esto es consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.720, el día 9 de octubre de 2014, que sustituye el régimen concursal vigente y hace una serie de cambios a la regulación laboral. A continuación, ahondaré en las modificaciones que establece la nueva ley.

3.2.1. Nueva causal de terminación del contrato individual de trabajo: artículo 163 bis.

En el Capítulo X de la Ley N° 20.720 sobre “Las modificaciones a leyes especiales”, particularmente en su artículo 350 número 2), realiza una modificación al Código del Trabajo, intercalándose el artículo 163 bis a dicho cuerpo normativo. Esta disposición señala que “El contrato de trabajo

terminará en el caso que el empleador fuere sometido a un procedimiento concursal de liquidación. Para todos los efectos legales, la fecha de término del contrato de trabajo será la fecha de dictación de la resolución de liquidación”. Esto quiere decir que esta nueva causal opera *ipso iure* por el solo sometimiento a un procedimiento de liquidación.

Ante esto, la Dirección del Trabajo precisa que “esta causal opera aún (sic) cuando se apruebe la continuación de las actividades económicas del autor, caso en el cual el liquidador celebrará los nuevos contratos de trabajo que estime necesarios para llevar adelante tal continuación”¹²⁴.

Dentro de la doctrina, el autor Raúl Fernández Toledo tiene una posición favorable de esta modificación, argumentando lo siguiente:

“A nuestro parecer es acertada, pues otorga seguridad a las relaciones laborales, al no dejar entregado al síndico la facultad de invocar la causal de despido que estime conveniente, ni a los tribunales de justicia la calificación de justificado o injustificado el despido, más aún con la diversidad de criterios jurisprudenciales que actualmente existen. Así, el trabajador sabría con antelación que declarado en quiebra su empleador su contrato de trabajo se extingue y que tiene

¹²⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2014. Ob. Cit. p. 5.

derecho a una indemnización determinada por el legislador”¹²⁵

Por otro lado, Castro y Albornoz señalan que las modificaciones a la legislación laboral introducidas por la Ley N° 20.720 sin duda que constituyen un avance respecto de la situación existente al momento antes de la publicación. Así:

“El que sea reconocida como causal de término del contrato de trabajo, que se haya simplificado y agilizado el procedimiento para que los trabajadores hagan valer sus créditos laborales y que se establezcan con claridad los topes de preferencias para el pago de indemnizaciones, son aspectos positivos de la nueva normativa”¹²⁶

Al enfrentar esta situación con nuestros entrevistados¹²⁷ coinciden con lo establecido por el organismo estatal y la doctrina expuesta, considerando que la medida tiene gran lógica y resulta favorable por los efectos inmediatos que produce, ya que fija irrevocablemente los derechos de los trabajadores.

Esta modificación trae aparejada certeza jurídica, en tanto que prescribe un nueva causal de terminación del contrato de trabajo, estableciendo como fecha cierta para que deje de cumplir sus efectos el día en que se declara la

¹²⁵ FERNÁNDEZ T., R. Ob. Cit. pp. 292-293

¹²⁶ CASTRO C., J.F. y ALBORNOZ P., R.Ob. Cit. p. 134.

¹²⁷ N. del A. Para más información acudir al Apéndice: Entrevistas. p. 136.

resolución. Adicionalmente, se establece el plazo de seis días para la notificación del despido, lo que será resguardado tanto por la Inspección del Trabajo, que se encargará de tener un registro como también la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, quien podrá sancionar a los síndicos que no cumplan con este deber.

3.2.2. Finiquito.

El artículo 163 bis número 5 dispone que: “El liquidador deberá poner a disposición del trabajador el respectivo finiquito, a lo menos, 10 días antes de la expiración del período de verificación de créditos que establece la Ley de Reorganización y liquidación de Activos de empresas y personas”.

Me parece necesario mencionar que el establecimiento de una causal expresa frente a la insolvencia, trae como consecuencia acelerar el pago a los trabajadores y también el cobro de las entidades previsionales. Esto como consecuencia de que ahora se les permitirá celebrar el finiquito correspondiente y el despido será válido, incluso si no se han pagado las cotizaciones previsionales, ya que como prescribe la ley, el finiquito bastará para la verificación de créditos¹²⁸ y se podrá acceder a los pagos

¹²⁸ N. del A. Además del finiquito se deberán acompañar los documentos establecidos en el artículo 244 de la Ley N° 20.720 “Procedencia y tramitación. Tan pronto existan fondos suficientes para ello y

administrativos¹²⁹. En consecuencia, acelerará el sistema de cobro de los créditos previsionales por las instituciones a cargo, debido a que, al no aplicarse la sanción de la Ley Bustos, se podrá tener certeza del monto y podrá suscribirse el finiquito para hacer valer el crédito de los trabajadores frente al liquidador. Esto lo avala la Dirección del Trabajo, fundamentada en la idea que esta nueva causal tiene un carácter de especialidad que debe ser respetado, porque se constituye en la insolvencia del empleador, por tanto necesita un mecanismo eficaz. Sin perjuicio de lo expuesto, agrega que las cotizaciones adeudas en ningún caso se entenderán como renunciadas. Este último punto es clave, debido a que la lógica de eliminar

precaviendo que el activo remanente sea suficiente para asegurar los gastos del Procedimiento Concursal de Liquidación y el pago de los créditos de mejor derecho, podrán pagarse por el Liquidador los créditos contenidos en el artículo 2472 del Código Civil, según las reglas que siguen:

- 1) Los descritos en los números 1 y 4 podrán pagarse sin necesidad de verificación.
- 2) Los incluidos en el número 5 podrán pagarse previa revisión y convicción del Liquidador sobre la suficiencia de los documentos que les sirven de fundamento, sin necesidad de verificación ni de acuerdo de Junta que apruebe el pago.
- 3) Los establecidos en el número 8 se pagarán en los mismos términos del número precedente, hasta el límite del equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por indemnizaciones convencionales de origen laboral y por las indemnizaciones legales del mismo origen que sean consecuencia de la aplicación de la causal señalada en el artículo 163 bis del Código del Trabajo. Las restantes indemnizaciones de origen laboral, así como la que sea consecuencia del reclamo del trabajador de conformidad al artículo 168 del Código del Trabajo, se pagarán con el sólo mérito de la sentencia definitiva firme o ejecutoriada que así lo ordene.
- 4) Con todo, podrán verificarse condicionalmente los créditos que gocen de las preferencias de los números 5 y 8, con el sólo mérito de la demanda interpuesta con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación o con la notificación al Liquidador de la demanda interpuesta con posterioridad al referido inicio.

El Liquidador deberá reservar fondos suficientes para el evento que se acoja la demanda, sin perjuicio de los pagos administrativos que procedan, de conformidad a los números precedentes”. En: CHILE. 2014. Ley 20.720. Ley de Insolvencia y Reemprendimiento. [en línea], <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1058072>> [consulta: 09 de septiembre 2014].

¹²⁹ N. del A. Resulta necesario aclarar que el pago administrativo se distingue del pago judicial en que el primero es una forma de pagar anticipadamente, es decir, aún antes de su verificación judicial.

la aplicación del artículo 162 del Código el Trabajo es precisamente no hacer más gravosa la situación de la masa de acreedores y de ninguna forma, perjudicar a los trabajadores en sus derechos.

3.2.3. No procede la “Ley Bustos” (Artículo 162 del Código del Trabajo).

El artículo 163 bis numeral 1 inciso primero establece “Estas normas se aplicarán de forma preferente a lo establecido en el artículo 162 y en ningún caso se producirá el efecto establecido en el inciso quinto de dicho artículo”. Es decir, “Si el empleador no hubiere efectuado el integro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo”. Lo que a juicio de la Dirección del Trabajo se justifica “en razón de la especialidad y realidad fáctica de la misma, de insolvencia del empleador, y que de exigirse en la ocasión producirá al respeto incerteza jurídica y dilación en la situación del trabajador, afectando a la vez el proceso de verificación, de cierre y liquidación de fondos en favor de todos los acreedores, según la nueva Ley N° 20.720”¹³⁰.

¹³⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2014. Ob. Cit. p. 6.

3.2.4. Indemnizaciones.

•Indemnización asimilable al aviso previo.

En el artículo en comento, en su numeral 2 señala: “El liquidador, en representación del deudor, deberá pagar al trabajador una indemnización en dinero, sustitutiva del aviso previo, equivalente al promedio de las tres últimas remuneraciones mensuales devengadas, si las hubiere”¹³¹.

Se señala que es “asimilable” en el sentido que la indemnización por aviso previo según Irene Rojas “Es la que procede a cargo del empleador, ya sea por falta comunicación del aviso por parte del empleador en específicas causas de terminación¹³², ya sea por mandato¹³³ legal”¹³⁴,

El establecimiento del pago de esta indemnización resulta del todo favorable para el trabajador, ya que es un paliativo a la pérdida de su puesto laboral.

¹³¹ N. del A. A continuación señala lo que se hace en caso de que el trabajador tuviese menos de tres remuneraciones devengadas.

¹³² N. del A. Las causales específicas donde procede son: necesidades de la empresa (art. 162, inciso 4º, CT) y el desahucio empresarial (art. 161, inciso 2º, CT). En: ROJAS M., I. Ob. Cit. p. 505.

¹³³ N. del A. Las causales específicas donde procede son: (1) por despido injustificado (art. 168, inc. 1º, CT); (2) por despido indirecto (art. 171 CT) y (3) de despido lesivo de derechos fundamentales (art. 489, inciso 3º, CT). En: ROJAS M., I. Ob. Cit. p.505.

¹³⁴ *Ibidem*.

- **Indemnización por años de servicio.**

De igual forma, en su numeral 3 establece que “Si el contrato de trabajo hubiere estado vigente un año o más, el liquidador en representación del deudor, deberá pagar al trabajador una indemnización por años de servicio”, cuyo tope será de 330 días de remuneración. Además esta indemnización es compatible con la sustitutiva del aviso previo.

Se pagará a los trabajadores por los años de servicio prestados a la institución que fue declarada insolvente, cuestión que me parece favorable y justa, ya que se consagra a nivel internacional que los trabajadores no deben soportar los riesgos propios de todo negocio y como anteriormente vimos, el porcentaje de fracaso al emprender un negocio es bastante amplio.

3.2.5. Preferencias de pago de las prestaciones adeudadas.

El mismo artículo 350 de la Ley N° 20.720 en su número 1) establece la modificación del inciso 4 del artículo 61 del Código del Trabajo, estableciendo que “El privilegio por las indemnizaciones legales y convencionales previsto en el número 8

del artículo 2472 del Código Civil, se regirá por lo establecido en dicha norma. Si hubiere pagos parciales, estos se imputarán al máximo referido”. Asimismo el Código Civil se reformó por el artículo 346 de la mencionada ley, prescribiendo en su número 4 que se sustituye el texto del artículo 2472 por el que sigue:

“La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:
5. Las remuneraciones de los trabajadores, las asignaciones familiares, la indemnización establecida en el número 2 del artículo 163 bis del Código del Trabajo con un límite de noventa unidades de fomento al valor al valor correspondiente al último día del mes anterior al pago, considerándose valista el exceso si lo hubiere, y las cotizaciones adeudadas a las instituciones de seguridad social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin.

8. Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales remuneracionales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador, con un límite de once años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas”.

Esta modificación al artículo 61 del Código del Trabajo representa un avance en materia laboral, puesto que ha tenido

como fin el uniformar el límite de las indemnizaciones legales y convencionales, salvo la sustitutiva del aviso previo, con un tope de preferencia propio en el pago, por el monto de 90 UF y de 330 días de remuneración como máximo. Además, según sale demostrado en la historia de la Ley N° 20.720 se establece con preferencia del número 5 “las cotizaciones adeudadas a las instituciones de seguridad social a que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin. Lo anterior, dado que se considera que las misma tienen un carácter remuneratorio y a fin de coordinarlo con la Ley N° 20.023, que actualmente les otorga ese orden de prelación”¹³⁵.

3.2.6. Situación de los trabajadores sujetos a fuero.

Con la modificación hecha al régimen concursal se establece una excepción a la regla de solicitar, para que el despido sea válido, el desafuero de los trabajadores que gozan de fuero laboral. En el numeral 4 del artículo que se comenta, establece que: “No se requerirá solicitar la autorización previa del juez competente respecto de los trabajadores que al momento del

¹³⁵ CHILE. Ley N° 20.720. 2014. Historia de la ley. Ob. Cit. p. 2593

término del contrato de trabajo tuvieron fuero”. Me enfocaré, especialmente, en el análisis de los siguientes casos de fuero:

- **Fuero maternal.**

Continuando con el numeral 4, se señala que “El liquidador, en representación del deudor, deberá pagar una indemnización equivalente a la última remuneración mensual devengada por cada uno de los meses que restare de fuero”. Esta indemnización será compatible con la indemnización por años de servicio, pero incompatible con la asimilable al aviso previo.

Esta indemnización por fuero maternal se explica, porque este fuero tiene naturaleza especial como se señala en la historia de la Ley N° 20.720 “aquél tiene una justificación alimentaria y de protección del que está por nacer o del recién nacido”¹³⁶. Por lo tanto, es necesario que se mantenga dicho sustento por todo el período establecido y cumpla con su objetivo de seguridad social.

Además la Dirección del Trabajo aclara la situación que se respecto al pago del subsidio, señalando que si los aforados bajo esta materia:

¹³⁶ CHILE. Ley N° 20.720. 2014. Historia de la ley. Ob. Cit. p. 499.

“Han percibido subsidio durante los periodos de descanso de maternidad o de uso de permiso postnatal parental, respectivamente, los lapsos de pago de tales subsidios no se considerarán para el cálculo de la indemnización antes aludida, computándose sólo los periodos en que hubieren percibido remuneración. Ello por cuanto el subsidio no tiene la naturaleza jurídica de la remuneración y no es de cargo del empleador”¹³⁷.

- **Fuero sindical.**

A diferencia de lo anterior, no se establecen normas de tratamiento especial para los trabajadores que gozan de este privilegio. Por lo anterior, es que la Dirección del Trabajo fija el sentido y alcance del numeral 4 señalando que “No se requerirá solicitar autorización previa de desafuera al juez competente para aplicar la causal de término del contrato en análisis, respecto de aquellos trabajadores afectos a fuero laboral en conformidad al artículo 174 del Código del Trabajo”¹³⁸. Lo que quiere decir que deberán someterse a las reglas generales de terminación de la relación laboral, operando la nueva causal, tras la declaratoria de sometimiento al proceso de liquidación.

¹³⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2014. Ob. Cit. p.8.

¹³⁸ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2014. Ob. Cit. pp. 7-8.

El legislador no compensa el pago del tiempo de privilegio como en el caso anterior, lo que goza de toda razón, debido a que la naturaleza de este fuero es la defensa de los derechos de los trabajadores durante la vigencia de la relación laboral.

Según Gamonal, “al respecto cabe recordar que el fuero sindical constituye una de las más importantes formas de tutela de la libertad sindical. El objetivo de esta protección busca posibilitarla absoluta libertad de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos sindicales”¹³⁹. La finalidad de este fuero, que debe beneficiar a todos los trabajadores en su conjunto y no solamente al individuo que lo sustenta, es la de proteger el ejercicio de sus derechos laborales. Por lo cual resulta cuestionable que este fuero se acabe inmediatamente y no se mantenga para proteger a los trabajadores en este proceso.

¹³⁹ GAMONAL C., S. 2002. Derecho colectivo del trabajo. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. En: CASTRO C., J.F. y ALBORNOZ P., R. 2014. Ob. Cit. p. 116.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL TRATAMIENTO QUE LE DA LA LEY DE QUIEBRAS N° 18.175 Y LA LEY DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO N° 20.720 AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.

En este capítulo desarrollaré una comparación entre el sistema concursal derogado, es decir la Ley N° 18.175, y la nueva Ley N° 20.720, con el fin de determinar las ventajas y desventajas de la modificación que afectó al Derecho Laboral. Además revisaré el tratamiento legislativo que España da a la insolvencia, en el caso de que el deudor sea empleador, con el objetivo de analizar soluciones más favorables para la protección de los derechos de los trabajadores, que puedan servir de guía para un cambio estructural en el sistema laboral chileno.

4.1. Ventajas.

a) Regulación laboral en materia de quiebra del empleador.

- i. Sistema Ley N° 18.175:** Vacío normativo, en cuanto a la regulación de los derechos de los trabajadores.
- ii. Sistema Ley N° 20.720:** Se introduce nueva causal de terminación del contrato de trabajo que *opera ipso iure*, establecida por el artículo 163 bis del Código del Trabajo.

b) Diligencias previas a la declaración de quiebra.

i. Sistema Ley N° 18.175: El trabajador deberá preparar el juicio laboral y civil, lo que repercutirá en mayores costos que tendrá que asumir. Lo anterior porque deberá acudir, en el caso del cobro de prestaciones debidas y nulidad del despido, a un tribunal laboral que declare sus créditos y con este podrá solicitar el pago administrativo. Sin embargo, según lo señalado por la Unidad de Defensa Laboral: “si por cualquier razón no es posible lograr el pago administrativo dentro de un plazo razonable, igualmente parece aconsejable verificar el crédito conforme a las reglas generales, alegando además del crédito, sus ajustes, intereses y multas, y la respectiva preferencia que proceda”¹⁴⁰

➤ Gestiones previas a la judicialización de la quiebra. Los trabajadores deberán preguntar al empleador o, en su caso, al síndico por la situación de la empresa y el destino de sus puestos de trabajo. Además tendrán que recopilar todos los documentos que den

¹⁴⁰ UNIDAD DE DEFENSA LABORAL. Ob. Cit. p. 68.

cuenta de las deudas laborales que tienen pendientes con su empleador. Si se cumplen con los requisitos de acreditación y además existen fondos suficientes, podrán optar al pago administrativo de sus acreencias.

- Representación de un abogado. Resulta clave acudir a la ayuda jurídica para proteger de mejor forma los créditos laborales y su pertinente representación judicial, tanto civil como comercial.

ii. Sistema Ley N° 20.720: Sometimiento al procedimiento de liquidación.

- Diligencias del liquidador para terminar los contratos de trabajo a la brevedad. Al operar la causal del artículo 163 bis del Código del Trabajo, el liquidador tiene la obligación de realizar una serie de medidas en torno a la comunicación del término de la relación laboral, dentro de un plazo fatal de seis días hábiles, contados desde la fecha de notificación de la resolución judicial de liquidación de bienes. Además deberá adjuntar un certificado emitido por la Superintendencia

de Insolvencia y Reemprendimiento que contenga los datos del juicio de liquidación del empleador. Además deberá enviar copia de la comunicación a la Inspección del Trabajo. Otro importante deber del liquidador es poner a disposición del trabajador el respectivo finiquito. Como se desprende de lo antes mencionado, la carga del trabajador se ve reducida y pasan a ser deberes del síndico los trámites para una desvinculación laboral válida, firma del finiquito y antecedentes para la verificación del crédito del trabajador.

c) Destino de los contratos de trabajo vigentes, frente a la insolvencia del empleador.

- i. Sistema Ley N° 18.175:** Terminación del contrato individual de trabajo usando alguna de las causales establecidas en el Código del Trabajo, es decir las establecidas en los artículos 159, 160 y 161. Arriesgando la sanción de injustificado si el trabajador reclama. Ya no queda el destino de estas prestaciones laborales a la prudencia de los síndicos y jueces.

- ii. **Sistema Ley N° 20.720:** El destino es la desvinculación laboral usando una nueva causal, que opera de inmediato, por el solo sometimiento al procedimiento de liquidación del empleador deudor, lo que entrega certeza jurídica para todos los intervinientes.

d) Derechos de los trabajadores.

- i. **Sistema Ley N° 18.175:** Según la Dirección del Trabajo serán, “en general, todas las prestaciones adeudadas de origen laboral”¹⁴¹. Sujeto a que le aprueben la causal, según la prudencia de los tribunales. Sin perjuicio que, como vimos, se haya ido unificando la solución a esta problemática.
- ii. **Sistema Ley N° 20.720:** Los derechos que le corresponden son todas aquellas deudas laborales pendientes por la prestación de su servicio. Pero en específico podrá optar por concepto de despido a: la indemnización por años de servicio, indemnización asimilable al aviso previo, pago de cotizaciones y acceso rápido al seguro de cesantía, con la firma del

¹⁴¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2008. Ob. Cit. p. 6.

finiquito. Además de las indemnizaciones que procedan en caso de fuero laboral.

e) Finiquito.

- i. Sistema Ley N° 18.175:** Bajo este sistema resulta imposible la validez en la firma del finiquito en el caso que se adeudaren emolumentos laborales y de Seguridad Social.
- ii. Sistema Ley N° 20.720:** En este nuevo sistema no sólo se puede suscribir un finiquito sino que es obligación del liquidador hacerlo, según lo señalado por el artículo 163 bis N°5 que prescribe “el liquidador está obligado a poner el finiquito a disposición del trabajador, a lo menos con diez días de anticipación a la expiración del período de verificación ordinaria de créditos establecido en el respectivo procedimiento concursal de liquidación”.

f) Procedencia de la sanción establecida en el artículo 162 del Código del Trabajo (Ley Bustos).

- i. Sistema Ley N° 18.175:** Como no existía una regulación expresa de la quiebra en la empresa, los derechos de los trabajadores seguían protegiéndose con la normativa laboral

general, en la cual se sancionaba al empleador que despidiera un trabajador, sin haber enterado todas las cotizaciones, según lo dispuesto en el artículo 162 del Código del Trabajo.

- ii. **Sistema Ley N° 20.720:** En este caso, no se aplicará la sanción de nulidad del despido, según lo señalado en el artículo 163 bis N° 1 inciso final “estas normas se aplicarán de forma preferente a lo establecido en el artículo 162 y en ningún caso se producirá el efecto establecido en el inciso quinto de dicho artículo”. Con esta medida se salvaguarda el principio comercial de la *par conditio creditorum* y la sentencia de liquidación fija irrevocablemente los derechos de los acreedores, sin distinción.

g) Formas de pago de las remuneraciones e indemnizaciones debidas a los trabajadores: En ambos casos se pueden satisfacer a través del pago administrativo y el pago judicial.

- i. **Sistema Ley N° 18.175:** No podía suscribirse de forma válida un finiquito, ya que las cotizaciones y demás deudas laborales no se encontraban saldadas. Por lo cual, para acreditar las prestaciones impagas, debían recopilar todos los documentos

que tuviesen para probar en un juicio declarativo los montos adeudados.

- ii. **Sistema Ley N° 20.720:** La ventaja es que suscrito el finiquito, aun cuando estén impagas las cotizaciones, se puede utilizar como documento suficiente para que proceda el pago administrativo, de forma segura, rápida y cierta. También será favorable para el cobro de las demás prestaciones a través de la verificación de créditos para la obtención del pago judicial.

h) Preferencias de pago en las prestaciones laborales.

- i. **Sistema Ley N° 18.175:** Bajo este sistema no había certeza en cuanto el tiempo de lo que se paga ni el monto que equivale a la preferencia del N° 5 del artículo 2472 del Código Civil.
- ii. **Sistema Ley N° 20.720:** Lo favorable es que hace concordar el tiempo de pago de las indemnizaciones por años de servicios, entre lo dispuesto en el Código Civil y lo establecido en el Código Laboral. Además de fijar específicamente que el monto de preferencia tendrá un tope de 90 UF y lo demás deberá cobrarse como acreedor valista.

Tanto para el caso de la indemnización asimilable al aviso previo como también en el caso del pago por años de servicios prestados a una misma institución, constituye un gran avance para los trabajadores, debido a que el silencio guardado por el legislador bajo el sistema del Libro IV del Código de Comercio generaba grandes inequidades, porque variaba el resultado según si se aplicaba una u otra causal de terminación; por ejemplo: cuando se invocaba el caso fortuito se quedaban sin indemnización y cuando se invocaba necesidades de la empresa, como indicaba la Superintendencia de Quiebras, resultaba beneficiado con el pago de las mismas.

i) Situación de los trabajadores sujetos a fuero.

- i. Sistema Ley N° 18.175:** En este caso, el síndico debía solicitar la autorización judicial para desaforar y permitir el despido válido, según la reglamentación general establecida en el artículo 174 del Código del Trabajo.
- ii. Sistema Ley N° 20.720:** Esta disposición crea una excepción a la norma general, entendiendo la especial situación en que se encuentra la empresa, por lo que se extinguen los fueros con el contrato de trabajo, sin necesidad de autorización judicial. La

gran diferencia es que sólo en el caso del fuero maternal, por su naturaleza alimentaria, se deberá pagar una indemnización equivalente a la última remuneración mensual devengada por cada mes que reste del fuero, contado desde la fecha de terminación del contrato.

En síntesis, puedo establecer que la modificación realizada al Código del Trabajo vino a dar solución a un problema de certeza jurídica, al que estaban expuestos tanto trabajadores como empleadores, dado que no tenían en la legislación directrices que los ayudaran a sortear la insolvencia del empleador. A juicio de nuestros entrevistados los beneficios son amplios¹⁴². Para el empleador, lo más favorable es la certeza jurídica que regula el actuar del liquidador y de las consecuencias que eso acarrea en su patrimonio, debido a que fija los derechos de todos los acreedores al no aplicarse la Ley Bustos; se soluciona el problema del desafuero y se establece causal cierta de terminación de los contratos de trabajo, a pesar de que la jurisprudencia ya tenía unificado criterios. A su vez, el trabajador ve mejorada su situación, como dice Ricardo Juri, en que sabe "exactamente

¹⁴² N. del A. Para mayor información ver Apéndice I respuesta 3 de los entrevistados.

sus derechos en caso de quiebra de la empresa”¹⁴³. Además, se ve mejorada su situación con la nueva causal, la suscripción del finiquito, con el cual se ve perfeccionado el sistema de pagos administrativos, las preferencias, en cuanto a monto y tiempo. Esto repercute en que el trabajador “puede emprender inmediatamente la búsqueda de otro trabajo con un finiquito en la mano y puede acceder al seguro de cesantía”¹⁴⁴. También permite agilizar el cobro de las cotizaciones previsionales por las entidades pertinentes, lo que antaño se volvía casi imposible por la incerteza del monto a pedir, ya que este seguía acumulándose, por la aplicación de la Ley Bustos.

Según Ricardo Sandoval, al interior de la empresa “el elemento humano representa un aspecto cuyo amparo debe ser primordial para las legislaciones concursales”¹⁴⁵. Esta afirmación me parece del todo cierta, porque los trabajadores son fundamentales en el funcionamiento de cualquier emprendimiento. Corolario de lo anterior es que cuestiono la idea de que la modificación del Código del Trabajo impulsada por la nueva Ley de Insolvencia sea suficiente para cumplir con el objetivo que plantea el profesor Sandoval y también el que históricamente ha dado basamento al

¹⁴³ N. del A. Para mayor información ver Apéndice Entrevistas, respuesta 4 de Ricardo Juri.

¹⁴⁴ N. del A. Para mayor información ver Apéndice Entrevistas, respuesta 4 de la SUPERIR.

¹⁴⁵ SANDOVAL L., R. Ob. Cit. p. 27.

Derecho del Trabajo, esto es, la protección del débil, económicamente hablando, de la relación laboral. Por lo mismo, en la sección que sigue se señalarán las desventajas apreciadas en la implantación de esta nueva regulación laboral.

4.2. Desventajas.

Para el desarrollo de este apartado, recogeré el análisis que desarrolla Eduardo Caamaño, al revisar el proyecto de la reforma concursal, pero que aún resultan aplicables a nuestra actual realidad, puesto que la normativa entró en vigencia, sin mayores variaciones en materia laboral. La principal crítica se enfoca en concluir que la reforma profundiza el sistema de relaciones laborales individualista, ante lo cual Caamaño señala lo siguiente:

“El proyecto tiende a desconocer las repercusiones colectivas de la quiebra, debido a que esta no afecta a un trabajador, sino que a todos los trabajadores de la empresa, lo que merecería un tratamiento legal especial y otro tipo de resguardos, diferentes a los generales establecidos por el Código del Trabajo en el caso del despido”¹⁴⁶

¹⁴⁶ CAAMAÑO R., E. Ob. Cit. p. 202.

La Ley N° 20.720 resuelve el problema práctico que ocasionaba la quiebra en los contratos de trabajo vigentes, pero de manera particular, es decir, utiliza la normativa y la lógica del sistema laboral general -que no contempla soluciones laborales colectivas- y lo aplica a este fenómeno. No considera que en el caso de la insolvencia resulte especialmente grave enfrentarse a la cesantía y obtener el pago de acreencias laborales. El profesor Álvaro Gallegos argumenta en este sentido y dice que: “Da la impresión de que los trabajadores estaban mucho más en el aire de lo que uno pudiera pensar hoy día, no desde el punto de vista de protección sino que desde la certeza. La certeza ayuda a algunos elementos de la protección”¹⁴⁷. Por lo tanto, cabe afirmar que hubo una mejora significativa por la certeza jurídica que implanta esta nueva ley, pero no se puede señalar que esta sea la solución más protectora de los derechos de los trabajadores.

Otro punto que se le critica a esta nueva regulación es el hecho que se haya utilizado la reforma concursal para regular la especial situación que viven los trabajadores enfrentados a una quiebra, no es óptimo, ya que el legislador tiene una mirada eminentemente económica y práctica. Por el mismo motivo, apoyo lo señalado por Castro y Albornoz: “los aspectos

¹⁴⁷ N. del A. Ver Apéndice Entrevista, pregunta 2 de Álvaro Gallegos.

laborales de la quiebra pasaron a constituir sólo una parte más de una reforma mucho más grande en la que primaban los aspectos comerciales por sobre los de otras disciplinas. En definitiva, podemos afirmar que se perdió la perspectiva laboral cuando se refundieron ambos proyectos de ley”¹⁴⁸. En este escenario “se acepta sin mayor detalle que la quiebra es sinónimo de la necesidad de terminar los contratos de trabajo”¹⁴⁹. Es decir, la única solución propuesta está centrada en desvincular a los trabajadores sin dar un sustento mayor de protección. Dado lo anterior, considero que la regulación de esta materia tiene que venir propuesta desde la institucionalidad del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, quienes son los llamados a cumplir el rol activo de protección de los derechos de los trabajadores, lo que se haya consagrado tanto a nivel constitucional como a través de los tratados internacionales ratificados por Chile.

El tratamiento que se da en Chile a los trabajadores, “por mucho que estos gocen de preferencias, se aparta ostensiblemente de las respuestas normativas dadas por otros países, entre ellos los de la OCDE, en cuyos sistemas laborales abundan los mecanismos de resguardo de los derechos

¹⁴⁸ CASTRO C., J.F. y ALBORNOZ P., R. 2014. Ob. Cit. p. 134.

¹⁴⁹ CAAMAÑO R., E. Ob. Cit. p. 203.

laborales y, en particular, un amplio reconocimiento al rol que los sindicatos o los consejos de empresa deben tener para el desarrollo del procedimiento concursal”¹⁵⁰. Esto quiere decir que se vislumbra como principal forma de resguardo de los derechos de los trabajadores la participación de los mismos, mediante los organismos propios de representación, tanto en la reorganización de la empresa como en la forma de hacerle frente a la insolvencia y conseguir las consecuencias menos desfavorables para los empleados. Sin embargo, esta idea es difícil de llevar a cabo en la realidad actual del país, ya que existen bajas tasas de sindicalización, las que bordean el 12,3%¹⁵¹, porcentaje muy alejado del promedio de los países OCDE que es de un 60%. Esta situación ha sido cuestionada por esta Organización que “constató los problemas del modelo laboral chileno y afirmó que las relaciones laborales en Chile son generalmente confrontacionales y marcadas por la desconfianza. Según el

¹⁵⁰ CAAMAÑO R., E. Ob. Cit. p. 204.

¹⁵¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2014. Organizaciones Sindicales. Unidad de análisis estadístico. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-62614_recurso_1.pdf> [consulta: 20 de diciembre 2015].

organismo, la conflictividad se debe en parte a la limitada cobertura de los sindicatos y asociaciones empresariales”¹⁵².

Ante este escenario, a la hora de realizar las entrevistas, se propuso la siguiente interrogante: “Se ha señalado que esta restructuración del Derecho Concursal consolidará a Chile como una economía moderna, a la altura de los estándares internacionales de la OCDE. Lo mismo no puede decirse de nuestro Derecho Laboral, que ha sido fuertemente cuestionado por los mismos organismos. Dado lo anterior, y, a pesar del vínculo estrecho que tienen ambas disciplinas, sobre todo al conflicto de intereses que se genera con la insolvencia de la empresa, no ha existido, en nuestro país, una evolución conjunta de estas áreas, siendo el Derecho del Trabajo el más atrasado ¿Se puede pensar en una evolución conjunta de ambas disciplinas, que concilie los derechos de los trabajadores con un estándar de eficiencia económica para las empresas?”. Ante esta consulta, los entrevistados dieron una gama de respuestas¹⁵³. Pero destaco las que me dieron los profesores Álvaro Gallegos, por su compromiso y entendimiento del Derecho Laboral, al comprender que “la manera de evolucionar, de una manera más

¹⁵²UGARTE C., J. L. 2010. El modelo de trabajo en Chile y los derechos de los trabajadores. [en línea], <www.udp.cl/funciones/descargaarchivos.asp%3Fseccion%3Ddocumentos%26id%3D92+%&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl> [consulta: 23 de octubre de 2014] p. 382.

¹⁵³ N. del A. Para mayor detalle acudir al Apéndice Entrevistas, respuesta 8 de los entrevistados.

mancomunada, pasa necesariamente por un tema de fortalecimiento de derechos colectivo. Una empresa que dialoga, que negocia, una empresa que avanza en conjunto con sus trabajadores requiere de una despropietarización (sic) de la empresa”¹⁵⁴. Me parece acertada esta respuesta, porque demuestra no sólo la idea de que los trabajadores son parte fundamental de la empresa, como prescribe el Código del Trabajo, sino que da cuenta de la importancia de los sindicatos o grupo de representantes en el proceso de la reorganización y liquidación. Por otro lado, el profesor Arturo Prado, desde un enfoque más comercial, señala que ambas disciplinas marchan juntas y agrega:

“No es un pensamiento utópico sino que pienso que en la idea de que el trabajador defienda a su empresa, el trabajador se ponga la camiseta de la empresa, el trabajador viva de los conflictos que vive el empresario por el medio y que también muchas veces sea parte del drama de no tener los recursos para pagar la plantilla y bueno, si al empresario le va mal a los trabajadores le va a ir mal también, pero los trabajadores no pueden pretender un blindaje, eso no está bien”¹⁵⁵.

En este caso, el profesor Prado acentúa la necesidad de complementación de ambas disciplinas con el fin de conseguir el bienestar

¹⁵⁴ N. del A. Para mayor información acudir al Apéndice Entrevistas, respuesta 8 del profesor Álvaro Gallegos.

¹⁵⁵ N. del A. Para mayor información ver Apéndice Entrevistas, respuesta 8 de Arturo Prado.

económico y, en ningún caso, que prevalezca una por sobre la otra. Ante estas respuestas, considero totalmente posible la eficacia económica y el resguardo de los derechos de los trabajadores, pero teniendo estos un papel más activo en la actividad de la empresa, es más, dentro de la OCDE queda de manifiesto ese asunto.

No existe acuerdo entre los profesionales que entrevisté para resolver el dilema de la participación sindical en el procedimiento concursal, manifestándose al respecto unos a favor y otros en contra, entre otras razones, porque la empresa está en proceso de liquidación, finiquitando su rol de empleador, en definitiva, está desahuciada y se supone que el rol de estos órganos de participación colectiva es precisamente representar los intereses del trabajador frente al empleador. Sin embargo, según Matías Avendaño y el profesor Álvaro Gallegos¹⁵⁶, consideran que sí es factible y necesaria la participación de los sindicatos en los procesos de reorganización. El primero señala, a título personal y no por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, que “la intervención de los sindicatos en la decisión de la empresa siempre es bien mirada, porque finalmente son ellos los que intervienen en los procesos

¹⁵⁶ N. del A. Para mayor información ver Apéndice Entrevistas, respuesta 7 de los entrevistados.

productivos” y Gallegos indica que: “la participación de un sindicato en la protección de los derechos de los trabajadores debiera ir enfocada, precisamente, en evitar la insolvencia de la empresa”, es decir, en las formas de reorganización de la misma.

4.3. Tratamiento que le da España a los derechos de los trabajadores, cuando se enfrentan a la insolvencia del empleador.

Resulta necesario revisar la legislación comparada para establecer posibles parámetros de soluciones más favorables en la protección de los derechos de los trabajadores, lo que haré a continuación, con España, que al igual que nuestro país, pertenece a la OCDE. Además, este país europeo tiene la característica común que hace pocos años reestructuró y modernizó su sistema concursal.

Este país modificó su procedimiento concursal, dictando: La Ley Concursal (en adelante LC) N° 22/2003, la Ley Orgánica N° 8/2003 y la Ley Orgánica del Poder Judicial, todo esto para darle un carácter más dinámico a dichos procedimientos y empoderar a los acreedores en la participación respecto de los mismos, para efectos de recuperar rápidamente sus créditos, además de incentivar la reorganización de las empresas por

sobre la liquidación. Según señalan Araya y Bofill en su estudio: “Se rescata así a las empresas que operacionalmente generan resultados positivos y por lo mismo, flujo de caja libre positivo, independientemente de que por su estructura financiera estén en una situación financiera compleja”¹⁵⁷.

Antes de dar cuenta del tratamiento que reciben los trabajadores afectados por este fenómeno, resulta clave señalar que, a diferencia de lo que sucede en Chile¹⁵⁸, la insolvencia y el sometimiento a concurso del empleador no termina *ipso facto* con la empresa¹⁵⁹ ni con los contratos de trabajo. Esto para cumplir con la finalidad de “conseguir la salvación de la empresa y el mantenimiento de su actividad productiva y en la medida de lo posible sus puestos de trabajo”¹⁶⁰. Será el juez quien, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores, “podrá acordar el cese o la suspensión,

¹⁵⁷ ARAYA P., I. y BOFILL G., O. Análisis y comentarios a la reforma al régimen concursal chileno (Boletín N° 8324-03). Revista de Derecho, Escuela de postgrado N° 4, 4 de diciembre 2013. p. 293.

¹⁵⁸ N. del A. Régimen Laboral actual, es decir tras la modificación que le hizo la Ley N° 20.720.

¹⁵⁹ Artículo 44.1 de la Ley Concursal española “La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”. En: ESPAÑA. 2015. Ley 22/2003. Ley Concursal. (en línea) <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/122-2003.html> [consulta: 18 de diciembre de 2015].
: 09 de septiembre 2014].

¹⁶⁰ GONZÁLEZ C., I., El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 402. En: LLORENTE S., M. Tratamiento de las situaciones de insolvencia que afectan al trabajador en la Ley Concursal española. Revista Latinoamericana de Derecho Social. Núm. 17, julio-diciembre de 2013, pp. 109-144.

total o parcial, de la actividad empresarial (artículo 44.4 LC)¹⁶¹”. Se puede extraer de estas normas que las soluciones a la insolvencia del empleador pueden desarrollarse a través de un plan de trabajo que involucre a todos los actores afectados por esta emergencia social¹⁶², haciendo primar el principio de la continuidad de la empresa y de los contratos de trabajo.

La Ley 22/2003 establece un cambio significativo en el tratamiento de los trabajadores afectados por la insolvencia de la empresa en que prestan sus servicios, creando un sistema que se ha denominado como “Derecho laboral-concursal”¹⁶³. Lo anterior se explica, debido a que la LC regula expresamente ciertos aspectos laborales colectivos¹⁶⁴, entregándole la competencia al juez concursal de los mismos, en virtud de la acumulación de juicios que caracteriza este proceso. En cambio, todas las cuestiones laborales que se produzcan por no haber entrado a concurso, o que se den

¹⁶¹ LLORENTE S., M. Ob. Cit. p111.

¹⁶² N. del A. en palabras del profesor Álvaro Gallegos, para ver más información recurrir al Apéndice Entrevistas, pregunta 6. p. 138.

¹⁶³ MONTOYA M., A. Reforma laboral y concurso de acreedores. Revista Española de Derecho del Trabajo 156, octubre-diciembre de 2012, p. 11.

¹⁶⁴ Artículo 8.2 de la LC española: “Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral. Por suspensión colectiva se entienden las previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo”. En: ESPAÑA. 2015. Ley 22/2003. Ley Concursal. (en línea) <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/122-2003.html> [consulta: 18 de diciembre de 2015].

en un contexto individual, seguirán siendo tratadas por el Estatuto de los Trabajadores (ET). Los artículos 64.11 y 8.2 de la LC señalan que se deberán considerar los principios y demás normas laborales como normativa supletoria a la LC.

En el Capítulo III de la Ley Concursal se establecen los efectos de los contratos, particularmente: en el artículo 64 habla sobre los contratos de trabajo, en el artículo 65 sobre el personal de alta dirección y el artículo 66 sobre el procedimiento de modificación de las condiciones de trabajo fijadas en convenio colectivo y aplicadas a trabajadores de empresas concursadas. A su vez, el Estatuto de los Trabajadores permite “la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET¹⁶⁵), la suspensión del contrato (artículo 47 ET¹⁶⁶) o su extinción (caso de los despidos colectivos: artículo 51 ET”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ N. del A. Artículo 41. 1 ET “La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39”. Por lo extenso del capítulo no es conveniente transcribir, por lo tanto para mayor información, acudir a: ESPAÑA. 2015. Ley 2/2015. Ley del Estatuto de los Trabajadores. (en línea) <<http://www.boe.es/boe/dias/2015/10/24/pdfs/BOE-A-2015-11430.pdf>> [consulta: 13 de diciembre de 2015].

¹⁶⁶N. del A. Artículo 47. Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. Por lo extenso del capítulo no es conveniente

Para adentrarnos en el tema de la protección de los derechos de los trabajadores en este país, abordaré la materia desde cuatro puntos que considero claves para un adecuado tratamiento de sus derechos, frente a la insolvencia del empleador: a) Participación; b) Despidos colectivos; c) Preferencias de pago y d) Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

I. Participación.

Con participación me refiero a la capacidad que tienen los trabajadores españoles de involucrarse, por medio de sus representantes, en la toma de decisiones importantes sobre el destino de la empresa, la administración del deudor y los contratos laborales vigentes, respecto de los cuales los trabajadores pueden solicitar la modificación, suspensión o extinción de forma colectiva¹⁶⁸, tema que se tratará a continuación.

II. Despidos colectivos.

Estamos hablando de un despido colectivo en el caso que se den los supuestos del artículo 51.1 ET: “la extinción de contratos de trabajo

transcribir, por lo tanto para mayor información, acudir a ESPAÑA. 2015. Ley 2/2015. Ley del Estatuto de los Trabajadores. Ob. Cit.

¹⁶⁷ LLORENTE S., M. 2013. Ob. Cit. p. 112.

¹⁶⁸ Artículo 64, números 1-7 LC. En: ESPAÑA. 2015. Ley 22/2003. Ley Concursal. Ob. Cit.

fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”

En el sistema laboral chileno esta figura no está consagrada. Para Eduardo Caamaño: “la figura de los despidos colectivos es sin duda la gran pieza faltante en la restructuración de nuestro sistema concursal y, mientras esta no se incluya, cualquier reforma seguirá siendo parcial y generando un cúmulo de conflictos futuros que terminarán agravando las ya precarias condiciones laborales de un número significativo de trabajadores en Chile”¹⁶⁹.

¹⁶⁹ CAAMAÑO R., E. Ob. Cit. p. 210.

III. Preferencias en el pago de los créditos.

En este apartado, desarrollaré sucintamente la estructura de tutela crediticia y la situación de los derechos de los trabajadores, según la clasificación dada por el autor español Fernando Elorza Guerrero¹⁷⁰.

En cuanto a la preferencia en el pago de los créditos deben distinguirse dos clases. En primer lugar, los créditos contra la masa¹⁷¹: esta clase de créditos se adeudan por concepto de gastos de administración de la masa y los gastos de justicia. Son los primeros que se deben satisfacer.

En este escenario, los créditos laborales sujetos a superprivilegio, según el artículo 84.1 LC son: “Los créditos por salarios de los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración de concurso (artículo 84.2.1º LC). Sin embargo, esto fue limitado en cuanto al monto que gozaría de superpreferencia. Según Fernando Elorza “el legislador ha limitado la consideración de tales créditos como créditos contra la masa a aquellos salarios correspondientes a los últimos treinta días de trabajo, cuyo importe no supere el doble del salario mínimo interprofesional a la fecha de la

¹⁷⁰ ELORZA G., F. 2006. Efectos de la reforma concursal sobre la protección de los créditos laborales de los trabajadores. Revista Española de Derecho del Trabajo, Número 129. Año 2006. Página 51.

¹⁷¹ N. del A. Se encuentran establecidos en los números 2 y 3 del art. 84.2 LC y además en los números 4 y 10 LC. En: ESPAÑA. 2015. Ley 22/2003. Ley Concursal. Ob. Cit.

declaración del concurso por auto judicial”¹⁷². Este crédito configura una superpreferencia hasta el monto antes comentado, empero el saldo pendiente se cobrará como crédito con privilegio general.

En segundo lugar, están los créditos concursales, que son los créditos de los acreedores en general¹⁷³ y de los trabajadores en particular¹⁷⁴. En este último caso, el legislador diferencia tres especies en el artículo 89 LC: a) créditos privilegiados, b) créditos ordinarios y c) créditos subordinados.

a) Créditos privilegiados: Comprenden los señalados en el artículo 89.2

LC: “Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor. No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”.

¹⁷² ELORZA G., F. 2006. pp. 57-58.

¹⁷³ N. del A. se encuentran establecidos en el artículo 89.1 LC. En: ESPAÑA. 2015. Ley 22/2003. Ley Concursal. Ob. Cit.

¹⁷⁴ N. del A. Los créditos laborales, tras la declaración del concurso, señalados en el artículo 84.2. 5º LC: “Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso.

Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento”. En: ESPAÑA. 2015. Ley 22/2003. Ley Concursal. Ob. Cit.

Esta clase de créditos se dividen en general y especial, según si recaen sobre la masa activa del concurso o si su satisfacción se facilita por un bien determinado¹⁷⁵. Los trabajadores gozan de créditos con privilegio especial, que son los créditos refaccionados de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados¹⁷⁶.

Los trabajadores además gozan de créditos con privilegio general, aquellos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial; indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo, o de accidente de trabajo o enfermedad profesional; el recargo sobre prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud anteriores a la declaración de concurso¹⁷⁷.

b) Créditos ordinarios: Asimismo, en el artículo 89.3 señala que “Se entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados¹⁷⁸ ni como subordinados¹⁷⁹”. Según Elorza se encuentran comprendidos en esta clase: aquellos créditos generales, “salariales e indemnizatorios que

¹⁷⁵ ELORZA G., F. 2006. Ob. Cit. p.70.

¹⁷⁶ Artículo 90.1.3º LC. En: ESPAÑA. 2015. Ley 22/2003. Ley Concursal. Ob. Cit.

¹⁷⁷ Artículo 91.1º LC. En: ESPAÑA. 2015. Ley 22/2003. Ley Concursal. Ob. Cit.

¹⁷⁸ Artículos 90 y 91 LC. En: ESPAÑA. 2015. Ley 22/2003. Ley Concursal. Ob. Cit.

¹⁷⁹ Artículo 92 LC. En: ESPAÑA. 2015. Ley 22/2003. Ley Concursal. Ob. Cit.

tienen su origen en la extinción del contrato de trabajo”¹⁸⁰ y que exceden el límite del monto señalado en el artículo 91.1 LC. Asimismo, el autor expresa que: se incluyen “los créditos salariales correspondientes a los últimos treinta días, que en un supuesto muy remoto, no hubiera sido considerados con privilegio general o especial”¹⁸¹, siempre que no se consideren subordinados. Finalmente, el mismo autor señala que: “Igualmente devendrían en ordinarios toda porción de crédito especial que no hubiera podido satisfacerse con el bien o bienes afectos a la satisfacción del mismo”¹⁸².

- c) Créditos subordinados: Este es el último lugar de la prelación de créditos. Se establece como ejemplo de estos, los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor¹⁸³.

¹⁸⁰ ELORZA G., F. 2006. Ob. Cit. p. 88.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ N. del A. Artículo 92.5. “Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1º y 3º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican.

Se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario”. En: ESPAÑA. 2015. Ley 22/2003. Ley Concursal. Ob. Cit.

IV. Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

El artículo 33.1 del ET establece que “El Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario”

El FOGASA tiene gran mérito, porque está estructurado en base al diálogo y participación de sectores sindicales y empresariales, además de autoridades estatales, cuyo fin básico se encuentra regulado en el artículo 31 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales:

“Es la Institución de Garantía de los créditos salariales ante la insolvencia del empleador. Hoy tiene atribuido el abono a los/las trabajadores/as de los salarios e indemnizaciones que las empresas para las que trabajan no han podido satisfacer por encontrarse en situación legal insolvencia o por haber sido declaradas en situación de concurso. Abonadas las prestaciones el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los/las trabajadores/as para proceder en reclamación y repetición frente a los/las empleadores/as que los/las adeudan”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ FONDO DE GARANTÍA ESTATAL. S. a. ¿Qué hacemos? Definición. [en línea], <<http://www.empleo.gob.es/fogasa/definicion.html>> [consulta : 03 de marzo 2015]

Lo que quiere decir que son los trabajadores, bajo ciertas circunstancias¹⁸⁵, los principales protegidos ante los procedimientos de quiebra, ya que no deberán esperar para la obtención de sus pagos porque será esta institución la que se los abonará y, posteriormente, cobrará a los empleadores quebrados, tras la verificación de créditos. Además, este fondo tiene finalidades complementarias que favorecen a los otros actores involucrados en este estado excepcional de insolvencia, puesto que:

“Destaca el apoyo o protección a las empresas en situación de crisis, dado que fomenta el mantenimiento del empleo y la continuidad empresarial, mediante el abono de ciertas prestaciones sin obligación de restitución ("a fondo perdido"), el pago de prestaciones sin necesidad de declaración de insolvencia empresarial (la llamada “insolvencia técnica” o en casos de fuerza mayor), y la posible suscripción convenios de devolución aplazada o fraccionada de las cantidades abonadas por el Organismo”¹⁸⁶.

¹⁸⁵ N. del A. Artículo 33.2 del ET “abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 de esta ley, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior. En: ESPAÑA. 2015. Ley 2/2015. Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁸⁶ FONDO DE GARANTÍA ESTATAL. S. a. Ob. cit.

En España el Estado juega un rol clave en la protección de los trabajadores, incluso favoreciendo económicamente a las empresas para resguardar la estabilidad de los puestos de trabajos de los empleados en empresas que están pasando por momentos difíciles, sin necesidad de declararse judicialmente en quiebra.

Al concluir este capítulo, parto de la idea que es evidente que la nueva causal de terminación del contrato de trabajo no soluciona el problema que significa la pérdida del empleo para un trabajador y su familia, ya que como señalan nuestros entrevistados este es un problema que “nunca se soluciona”¹⁸⁷, porque es un drama social y económico. La opinión generalizada de los profesionales entrevistados¹⁸⁸, aunque sostienen posturas más o menos protectoras del Derecho Laboral, es que resulta beneficiosa y necesaria la introducción de la nueva causal de término del contrato individual de trabajo, entre otras modificaciones. A mi juicio, considero que la nueva forma de entender el Derecho Concursal puede ser beneficiosa para el trabajador, en la medida que da soluciones prácticas a los problemas que se han suscitado por el silencio normativo en esta

¹⁸⁷ N. del A. Ver más información en Apéndice Entrevistas, respuesta 6 de Álvaro Gallegos.

¹⁸⁸ N. del. A. Revisar Apéndice Entrevistas para obtener la información en detalle, particularmente el análisis comparativo de respuestas cerradas.

materia. Por lo mismo, considero beneficioso que se haya regulado una situación que en la práctica ocasionaba tantas dificultades y situaciones de vulnerabilidad, pero concuerdo con el profesor Caamaño en que la solución debió haberse enfocado en torno a una mirada colectiva del conflicto para resguardar a la parte más débil de la relación laboral, pero esto, dada la normativa laboral existente, resulta muy difícil.

Por lo anterior, creo necesario recoger la propuesta que hace Ugarte, estableciendo que resulta fundamental modificar la perspectiva del Derecho Laboral en Chile, ya que son los trabajadores quienes deben ocupar el rol activo en la protección de sus derechos. Este autor recomienda: “Que se modifique en profundidad la legislación laboral vigente desde la dictadura militar, adecuándola a los estándares internacionales en materia de derecho de negociación colectiva de los trabajadores. Atendidas las graves afectaciones de que es objeto, es especialmente relevante ajustar el marco normativo chileno sobre el derecho de huelga, permiten su ejercicio como una forma legítima de reivindicación laboral”¹⁸⁹. También es clave recoger la forma de regulación que otros países dan en caso de insolvencia, como el caso de participación que vimos en España. Además de la participación en

¹⁸⁹ UGARTE C., J. L. 2010. p. 404.

el concurso, la figura del despido colectivo, los superprivilegios de pago que poseen los trabajadores y también la función del FOGASA, como órgano de garantía estatal. Las propuestas que establece la legislación española, constituyen una buena forma de enfrentar la insolvencia del empleador, tanto en el proceso concursal, a través de la participación de los trabajadores en el destino de la empresa y los contratos de trabajo. Además considero fundamental el paliativo del fondo de garantía salarial, ya que se hace cargo de pagar y perseguir las acreencias laborales debidas para entregarle mayor seguridad y estabilidad para afrontar la emergencia social que constituye la quiebra del empleador.

Asimismo, me hago parte de las propuestas que señala Caamaño para mejorar la situación de los trabajadores tras la liquidación de la empresa deudora, a través de “potenciar los mecanismos de capacitación y de reinserción laboral previstos por la ley de seguro de cesantía”¹⁹⁰. Además, considero relevante que el financiamiento para el desarrollo de estas medidas entorno a la Seguridad Social, también provenga de las empresas en pro de sus trabajadores, debido a que son ellos quienes deben asumir el

¹⁹⁰ CAAMAÑO R., E. Ob. Cit. p. 210.

riesgo de las fluctuaciones del mercado y el mal manejo de sus recursos, por lo tanto, no creo loable que se les traspase a los trabajadores ese peligro.

En síntesis, concluyo que la modificación hecha al Código del Trabajo tiene aspectos muy beneficiosos, pero en perspectiva de Derecho Comparado está muy distante de lo que se espera de una regulación protectora de los derechos. Particularmente, valoro lo establecido en el sistema español donde se protegen los derechos laborales y los créditos devengados por causa del despido en cualquier eventualidad, es decir, entienden a cabalidad la dimensión social y económica de la quiebra y apoyan a los trabajadores y sus familiar entregándole soluciones concretas al desempleo.

CONCLUSIÓN

En el desarrollo del primer capítulo identifiqué, en primer lugar, la necesidad de aclarar qué se entiende por quiebra, objeto de estudio de esta área del Derecho Concursal, tarea que la doctrina ha resuelto muy bien ante una falta de normativa que se limita a hablar sólo del juicio, donde se pretende primordialmente la liquidación de los bienes para el pago de los acreedores. Énfasis especial doy a la definición de Puelma, quien establece de forma clara los aspectos centrales de este fenómeno: estado excepcional, imposibilidad de pagar y saldar de forma igualitaria las acreencias verificadas previamente ante el juez. El juicio de quiebras se caracteriza por ser universal, por la posición igualitaria de los acreedores y por la indivisibilidad de la quiebra en sí, todas referencias que determinan su especial sentido de protección a los créditos de los acreedores y la necesidad del trato igualitario, salvo las preferencias que impone el Código Civil.

Asimismo, para entender la lógica de actuación del Derecho Concursal, tuve que explicar los principios que lo informan, relacionados directamente con las características ya evaluadas, pero se agregan motivaciones de racionalidad económica, la necesidad de conservación de la empresa para la

economía moderna y también la necesaria tutela de los trabajadores que prestan sus servicios personales a la empresa que cae en quiebra. Este principio es fundamental para el desarrollo de la memoria, porque establece la importancia de la vinculación entre estas ramas del Derecho. Este nexo jurídico se ha establecido desde la creación del Código del Trabajo en el año 1931. El tratamiento que el Derecho de quiebras les ha dado a los trabajadores, a través del tiempo, ha tenido grandes cambios. En un primer momento, les daba un trato igualitario con los demás acreedores, siguiendo la lógica de la *par conditio creditorum*. Posteriormente, en el año 1978, se avanza con el establecimiento de preferencias de pagos para los trabajadores. Sin embargo, en ningún momento se reguló sobre la vigencia del contrato individual de trabajo ni de la situación de los derechos de los trabajadores.

El sistema concursal de la Ley N° 18.175 ha sido fuertemente cuestionado por no cumplir con los fines y principios del Derecho de quiebras, ya que en ella se han visto perjudicados en gran medida a las empresas destinadas a la liquidación y denostación pública; a los acreedores en su conjunto ya que los procedimientos son lentos, costosos y, finalmente, recuperan sólo un 25% de sus acreencias. Especialmente, afectan a las

acreencias de los trabajadores, que no tienen una solución efectiva y protectora de sus derechos para enfrentar una declaratoria de quiebra, quienes tendrán que vivir la incertidumbre de recurrir a ambas instancias, tanto juzgados laborales como civiles, para perseguir, dentro de procedimientos engorrosos, el pago de sus emolumentos.

En el segundo capítulo cumplí con determinar la afectación que se produce en el contrato individual de trabajo con el fenómeno de la quiebra. Este capítulo revela que la legislación laboral chilena no está dando soluciones acerca del tratamiento que deben recibir los trabajadores cuando su empleador es declarado fallido. En Chile se observa un sistema de estabilidad relativa, lo que implica la invocación de una causal para terminar válidamente con el contrato, y, como falta una causa específica para la quiebra, se provoca una inseguridad jurídica abismal, porque deja desprotegidos a los miles de trabajadores que anualmente se ven obligados a dejar sus puestos, producto de la declaración de quiebra.

A pesar que reconozco como favorables los ingentes esfuerzos para unificar los criterios que la jurisprudencia, los órganos administrativos y la

doctrina han realizado para mejorar la situación de los trabajadores, no es suficiente.

En conclusión y con el objeto de responder la interrogante que me hice para efectos del desarrollo de este segundo capítulo, considero fundamental establecer que el contrato individual de trabajo se ve directamente afectado, aunque exista un silencio legislativo en el tratamiento de la quiebra.

En el proceso de confección de capítulo III concluí que la modificación del Régimen de Quiebras chileno constituye un cambio significativo en relación a lo que se venía gestando con el sistema de la Ley de Quiebras N° 18.175, ya que modifica el objeto de regulación para enfocarse en el desarrollo de la economía del país, impulsando el emprendimiento y sacando del sistema a las empresas inviables. Esto a través de nuevos procedimientos orientados según las necesidades del deudor, agilizando los plazos y disminuyendo los costos. En comparación a lo que ocurría con el sistema del Libro IV del Código de Comercio, el actual procedimiento es más barato, accesible, rápido y el cambio estructural es mucho más amable para el usuario. Según la Organización Libertad y Desarrollo: “Representa una buena noticia para los emprendedores haciendo más eficientes los

procesos y otorgándoles mayores herramientas para enfrentar procesos de insolvencia. Nos permitirá, sin duda, alcanzar mejores clasificaciones en los rankings internacionales haciendo de nuestro país uno más atractivo para los inversionistas extranjeros”¹⁹¹. Esto se manifiesta en que favorece la reorganización y en caso de liquidación de las empresas ineficientes permite que el proceso no sea tan tortuoso, beneficiando a la masa de acreedores que verán recuperados sus créditos en un porcentaje más alto.

El ámbito del Derecho Laboral, se ve directamente afectado porque introduce una nueva causal de terminación del contrato de trabajo, lo que trae como consecuencia el otorgamiento válido del finiquito, y también acaba con la sanción de la Ley Bustos. Asimismo, se ven beneficiados los trabajadores en el establecimiento del pago de las indemnizaciones por concepto de despido por quiebra. En este mismo sentido, se igualan los topes de las indemnizaciones para conseguir un trato equitativo en similares situaciones.

Al plantearse el tema de la eficacia de la legislación resultó clave analizar las dos caras de la quiebra, tanto en su aspecto comercial como

¹⁹¹ LIBERTAD Y DESARROLLO. Ob. Cit. p. 9.

laboral. No es fácil catalogar como eficiente una regulación concursal. Menos para el caso del tratamiento que se da a los trabajadores. El fenómeno de la quiebra tiene la dificultad de intentar conciliar los intereses de todos los involucrados, tanto de carácter público como privado.

La modificación resulta ser una mejora en la situación de los trabajadores, en comparación a la incertidumbre que vivían antes, ya que la legislación no se hacía cargo del tema.

Al realizar la comparación entre los dos modelos concursales en el Capítulo IV de esta memoria, queda en evidencia que los beneficios de las modificaciones realizadas son significativos. Sin embargo, es dable criticar que la principal solución que se propone sea el despido, porque esto implica desconocer las graves consecuencias sociales y económicas que acarrea el despido masivo de trabajadores. A continuación, describiré las que, a mi juicio, son las ventajas y desventajas de este nuevo sistema.

- Ventajas: En general, se dota de certeza jurídica al tratamiento que se le dará al trabajador cuando su empleador caiga en insolvencia, porque evita la desigualdad de soluciones jurisprudenciales, tanto con respecto a la causal de terminación como en el tope y extensión de las

indemnizaciones. Además, la suscripción de los finiquitos permite acelerar el cobro de los créditos laborales a través de los pagos administrativos que se han agilizado y también acceder al seguro de cesantía y encontrar nuevo trabajo. Asimismo, permite la disminución de los costos procedimentales, porque los trabajadores ya no tendrán que recurrir a sede laboral y civil para que se le declare su derecho y les pagasen los créditos debidos por concepto de despido.

- Desventajas: El tratamiento de los trabajadores, bajo la Ley N° 20.720, constituye una solución práctica, mirada desde un punto de vista económico, que no refleja el fin fundamental del Derecho Laboral que es la protección del débil de la relación laboral. La solución planteada reafirma el modelo individualista heredado del plan laboral y que aún no se modifica. Se requiere la participación efectiva de los trabajadores en las decisiones que incidan directamente en su calidad de vida, porque en la actualidad se limitan a negociar sólo dinero, los que tienen la suerte de estar amparados por una organización sindical. Esto significa el quebrantamiento de los derechos laborales regulados internacionalmente. Aún más, Chile

se encuentra cuestionado, en materia de protección laboral, ya que la OIT ha hecho varias recomendaciones para resguardar el libre ejercicio de los derechos colectivos. Este avance será fundamental para mejorar el problema objeto de estudio.

En este punto resulta clave revisar la Legislación Comparada en búsqueda de soluciones más eficientes y protectoras de los derechos de los trabajadores, que puedan usarse como guía para un cambio en el sistema laboral chileno. En esta investigación, revisé el caso español, ya que destaca en su tratamiento de la insolvencia para los dependientes, debido a que hace primar el principio de la continuidad de la empresa y de los contratos de trabajo y la participación de los sindicatos en el procedimiento concursal. En caso de que no sea rentable y posible, busca soluciones más beneficiosas al trabajador como el despido colectivo y el apoyo de instituciones destinadas a la protección y fomento del pago de los emolumentos de los trabajadores que son despedidos por este motivo. Además del uso de un sistema de preferencias de pago más beneficioso, que en el caso chileno, para el trabajador, puesto que gozan en el pago de sus acreencias, hasta un determinado monto, de superprivilegios que se consideran como créditos contra la masa, ya que luego que se deducen se proceden a saldar las demás

deudas. Lo anterior, demuestra su afán protector del económicamente más débil de la relación laboral.

Asimismo, gracias al aporte de los abogados entrevistados pude dar cuenta de la experiencia práctica de la introducción de la nueva causal, que resulta ser más favorable que la situación anterior, pero desde un enfoque laboralista más protector requiere hacer cambios fundamentales en la participación colectiva, para impulsar las negociaciones y que los trabajadores puedan incidir en las decisiones de la empresa cuando se vea afectada su estabilidad laboral.

En el desarrollo de esta memoria se logra comprobar la hipótesis planteada, es decir, el tratamiento que le da la nueva Ley de Insolvencia y Reemprendimiento N° 20.720 es más eficaz en la protección de los derechos del trabajador que la Ley de Quiebras N° 18.175, porque viene a establecer como nueva causal de término del contrato individual de trabajo, el sometimiento al procedimiento concursal de liquidación. Esto se puede explicar desde dos puntos de vista. En primer lugar, desde una perspectiva de Derecho Comercial, resulta eficiente esta modificación, porque permite la rapidez del procedimiento de liquidación, la adecuada aplicación de los

principios del Derecho de Quiebras, dando un énfasis especial al principio de racionalidad económica, tutela de los derechos de los trabajadores y el principio de la *par conditio creditorum*.

Desde el cariz laboral se entiende la necesidad de regulación, porque nada se decía en la legislación anterior sobre el destino de los contratos de trabajo, una vez declarada la quiebra de la empresa. Corolario de lo anterior, es más eficaz en la protección de los derechos el establecimiento de una causal expresa. Pero subsiste la tarea pendiente de potenciar la estabilidad laboral e implementar soluciones más prósperas y democráticas. Lo que sólo se logra con el impulso al Derecho colectivo y el empoderamiento de los dependientes, tanto en el establecimiento de mejores condiciones en su calidad de vida como en las decisiones de la empresa que pueden afectar su anhelada estabilidad laboral.

A continuación, señalo las siguientes propuestas para adoptar medidas más protectoras de los trabajadores cuando su empleador cae en insolvencia:

- Reforma al modelo de Derecho del trabajo, pensando en una lógica global y de cara al futuro, que esté conforme a los Tratados

Internacionales vigentes en Chile¹⁹², es decir, que haya un rol activo del Estado en la protección de los Derechos fundamentales de los trabajadores, que se graficará en el fortalecimiento de los derechos colectivos de los trabajadores. Será fundamental el rol de la negociación colectiva para prever los mecanismos de adecuación de las condiciones laborales a las eventuales situaciones de crisis de las empresas como también después de dictada la liquidación.

- Según el profesor Caamaño, las soluciones más eficientes a esta problemática serían: Instauración de la figura del despido colectivo, además del fortalecimiento de los mecanismos de capacitación y reinserción laboral previstos por la ley de seguro de cesantía.

La problemática analizada en esta investigación constituirá un gran aporte para la Ciencia Jurídica en el sentido que se viene a hacer cargo del análisis de un tema que recién se está desarrollando, debido a que la entrada en vigencia de la nueva Ley de Insolvencia y Reemprendimiento con las modificaciones realizadas al Código Laboral no tiene más de cinco meses de aplicación. Sin embargo, resulta fundamental sistematizar y crear

¹⁹² N. del A. Se debe concordar la normativa laboral con los siguientes Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile: 1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 3) Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

conocimiento sobre la insolvencia de los empleadores, ya que es un tema que por su masividad y frecuencia resulta necesario esclarecer para que se tome conciencia de la necesidad de cambio a nivel estructural de la legislación laboral.

Este tema puede ser abordado de distintas maneras, por eso delimité en las ocasiones pertinentes mi objeto de estudio para no desbordar de contenido esta memoria y así enfocarme en lo que, a mi juicio, resulta más relevante de la modificación. En consecuencia, considero que dejé varios temas pendientes que pueden ser utilizados para el desarrollo de investigaciones futuras. Por dar algunos ejemplos: no abordé el tema de los contratos colectivos cuando se ven enfrentados a la insolvencia de la empresa. Tampoco desarrollé aspectos de la seguridad social que se ven afectados, como es el caso de las entidades de previsión social y su rol en materia de insolvencia.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- **Bibliográficas:**

- ÁLVAREZ U., G. 2009. Curso de Investigación Jurídica. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile.
- CASTRO C., J.F. y ALBORNOZ P., R. 2014. Los derechos laborales en el nuevo régimen concursal Ley N° 20.720. Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile.
- EYZAGUIRRE S., G. y GÓMEZ B., R. 2011. El Derecho de Quiebras, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- PEDREROS G., C. 1997. La quiebra y los derechos de los trabajadores. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago, Chile.
- ROJAS M., I. 2015. Derecho del Trabajo. Derecho individual del Trabajo. Editorial Thomson Reuters. Chile.
- SANDOVAL L., R. 2006. Derecho comercial. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.

- **Hemerográficas:**

- ARAYA P., I. y BOFILL G., O. 2013. Análisis y comentarios a la reforma al régimen concursal chileno (Boletín N° 8324-03). Revista de Derecho, Escuela de postgrado N° 4, 4 de diciembre 2013. pp. 281-324.
- ELORZA G., F. 2006. Efectos de la reforma concursal sobre la protección de los créditos laborales de los trabajadores. Revista Española de Derecho del Trabajo, Número 129. Año 2006. pp. 51-109.
- FERNÁNDEZ T., R. 2013. La quiebra del empleador y sus efectos sobre algunos derechos del trabajador. Estudios de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. pp. 289-314.
- LLORENTE S., M. 2013. Tratamiento de las situaciones de insolvencia que afectan al trabajador en la Ley Concursal

española. Revista Latinoamericana de Derecho Social. Núm. 17, julio-diciembre de 2013. pp. 109- 144. [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx>> [consulta: 3 de diciembre de 2015].

- MONTOYA M., A. 2012. Reforma laboral y concurso de acreedores. Revista Española de Derecho del Trabajo 156, octubre-diciembre de 2012. pp. 11-15.
- UNIDAD DE DEFENSA LABORAL. 2011. La quiebra del empleador y derechos de los trabajadores. Revista Laboral Chilena. N° 193. pp. 59-69.

- **Virtuales:**

- ASOCIACIÓN DE EMPRENDEDORES DE CHILE. 2013. Ley de emprendimiento. La segunda oportunidad de los emprendedores. [en línea] <<http://www.asech.cl/wp-content/uploads/2014/04/Ley-de-Reemprendimiento.pdf?d86892>> [consulta: 23 de octubre de 2014].
- BONILLA M., C. y GUTIÉRREZ C., E. 2007. Costos directos en las quiebras. El caso chileno. [en línea] <<http://www.capic.cl/capic/media/art5vol5.pdf>> [consulta: 23 de octubre de 2014].
- CAAMAÑO R., E. 2013. El destino de los contratos de trabajo frente a la empresa en crisis: Reorganización-Liquidación frente a la estabilidad laboral. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512013000100006&script=sci_arttext> [consulta: 11 de septiembre 2014]. p. 202.
- CHILE. 2014. Ley N° 20.720. Historia de la ley. Biblioteca del Congreso Nacional. [en línea] <http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nr_o_ley=20720&anio=2014> [consulta : 11 de septiembre 2014]
- CHILE. Moción de la Cámara de Diputados. Número de boletín: 6164-13. Establece derechos de los trabajadores frente a la quiebra de la empresa, fecha de ingreso: jueves 16 de octubre de

2008. [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6552> [consulta: 17 de diciembre 2015].
- CHILE. Moción del Senado. Número de boletín: 6749-13 “Facilita el cobro del seguro de desempleo y los seguros de cesantía involuntaria asociados a créditos de consumo”, fecha de ingreso: lunes 02 de noviembre de 2009. [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7143&pr mBL=6749-13> [consulta: 17 de diciembre 2015].
 - CHILE. Moción del Senado. Número de boletín: 6782-07. Modifica el Código Civil en relación con la prelación de créditos en casos de quiebra, Ingresó con fecha 01 de diciembre de 2009. [en línea] <http://web.sofofa.cl/wp-content/uploads/2010/12/Otros_Temas_Legislativos.pdf> [consulta: 17 de diciembre 2015].
 - CHILE. Mensaje del Presidente de la República. Número de boletín: 8492-13 “Establece la quiebra como causal de término del contrato de trabajo y adecua normas de otras leyes”, Fecha de ingreso: lunes 06 de agosto de 2012. [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8891> [consulta: 17 de diciembre 2015].
 - CHILE. Mensaje del Presidente de la República. Número de boletín: 8324-03. Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo, fecha de ingreso: miércoles 23 de mayo de 2012. [en línea] <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8722> [consulta: 17 de diciembre 2015].
 - DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2008. Quiebra en la empresa. La información que los trabajadores y trabajadoras necesitan. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/1601/articles-95579_recurso_1.pdf> [consulta: 11 de septiembre 2014].
 - DIRECCIÓN DEL TRABAJO. S.a. Cotizaciones previsionales al día. Un derecho de trabajadores y trabajadoras. <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-100160_recurso_3.pdf>. [consulta: 18 de diciembre de 2015].

- DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2014. Fija sentido y alcance de los artículos 350, y 1º transitorio, de la ley N°20.720. Dictamen ORD: N° 3519/057 [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-103893.html>> [consulta: 29 de octubre 2014].
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2014. Organizaciones Sindicales. Unidad de análisis estadístico. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-62614_recurso_1.pdf> [consulta: 20 de diciembre 2015].
- FONDO DE GARANTÍA ESTATAL. S. a. ¿Qué hacemos? Definición. [en línea], <<http://www.empleo.gob.es/fogasa/definicion.html>> [consulta : 03 de marzo 2015]
- LIBERTAD Y DESARROLLO. 2013. Insolvencia, Reemprendimiento y facilidad para hacer negocios en Chile. [en línea] <http://w.lyd.cl/wp-content/files_mf/tp1135nuevaleydequiebrasydoingbusiness.pdf> [consulta: 20 de septiembre 2014].
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 2014. Definición de quiebra [en línea] <<http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=ejc4EXGGoDXX2VvO OTWA>> [consulta: 29 de octubre 2014].
- SILVA P., C. 2012. Reformas a la institución de la quiebra a la luz de las políticas de la OCDE”. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. [en línea] Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. p.9. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2011/fjs586r/doc/fjs586r.pdf>> [consulta: 23 de octubre de 2014].
- SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO. 2014. Unidad de Registros. [en línea] <http://www.superir.gob.cl/wp-content/document/estadisticas/NUMERO_QBRAS_PUBLICADA_S_201412.pdf> [consulta: 12 de enero de 2015]
- SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO. 2014. Unidad de Registros. [en línea] <<http://www.superir.gob.cl/wp->

content/document/estadisticas/GENERO_201412.pdf > [consulta: 12 de enero de 2015]

- SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS. 2009. Quiebra en la empresa. La información que los trabajadores(as) necesitan. [en línea] <www.squiebras.gob.cl> [consulta: 11 de septiembre 2014].
- UGARTE C., J. L. 2010. El modelo de trabajo en Chile y los derechos de los trabajadores. [en línea], <www.udp.cl/funciones/descargaarchivos.asp%3Fseccion%3Ddocumentos%26id%3D92+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl> [consulta: 23 de octubre de 2014].

- **Jurisprudencia:**

- Sentencia Corte Suprema, de fecha 6 de marzo de 1980, Rol N° 72.228, del Primer Juzgado Civil de Santiago.
- Sentencia Corte del Trabajo en Santiago, de fecha 10 de abril de 1980, recurso de queja, Rol N° 70.133.
- Sentencia Quinto Juzgado Civil de Santiago, de fecha 28 de abril de 1981, recurso de queja, ROL N° 74.390.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 24 de mayo de 1983, revocando la sentencia del tribunal inferior, Rol N°650-83-T.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua, 11 de octubre de 2000, recurso de apelación, causa Rol N° 3399-2000.
- Corte Suprema, de fecha 29 de octubre de 2001, recurso de casación en el fondo, Rol N° 2.777-2001.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 23 de noviembre de 2002, recurso de apelación, Rol N° 3959-2002.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, el 11 de marzo de 2007, recurso de apelación, Rol N° 265-2007.
- Sentencia Corte Suprema, de 28 de enero de 2010, recurso de unificación de jurisprudencia, ROL N° 7076-09.

- **Legislación:**

- CHILE. 2015. Constitución Política de la República de Chile [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta: 18 diciembre 2015].
- CHILE. 2013. Código Civil. Editorial Jurídica. Santiago, Chile.
- CHILE. 2013. Código de Comercio, Libro IV. Editorial Thomson Reuters. Santiago, Chile.
- CHILE. 2014. Ley N° 18.175. De Las Quiebras. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29597>> [consulta: 14 Enero 2015].
- CHILE. Código del Trabajo. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articulos-95516_recurso_2.pdf> [consulta: permanente].
- CHILE. Ley 20.720. Ley de Insolvencia y Reemprendimiento. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1058072>> [consulta: permanente]
- ESPAÑA. 2015. Ley 22/2003. Ley Concursal. [en línea] <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/122-2003.html> [consulta: 18 de diciembre de 2015].
- ESPAÑA. 2015. Ley 2/2015. Ley del Estatuto de los Trabajadores. [en línea] <<http://www.boe.es/boe/dias/2015/10/24/pdfs/BOE-A-2015-11430.pdf>> [consulta: 13 de diciembre de 2015].

- **Fuentes de Información complementaria:**

- ARAB V., F. 2014. Aspectos Laborales de Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas. Revista Laboral Chilena, noviembre de 2014. pp. 70-75.
- BENAVIDES F., C. 2010. El despido en la nueva justicia laboral. Editorial Thomson Reuters Puntolex. Santiago, Chile.
- FLORES, Tamara y VARELA, Carlos. 2014. Las luces y sombras de la nueva ley de insolvencia y reemprendimiento. [en línea]

- <<http://www.latercera.com/noticia/negocios/2014/10/655-599531-9-las-luces-y-sombras-de-la-nueva-ley-de-insolvencia-y-reempredimiento.shtml>> [consulta: 12 de marzo 2015].
- GAMONAL C., S. 2002. Derecho colectivo del trabajo. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile.
 - GONZÁLEZ C., I., El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 402.
 - HUMERES N., H. 2009. Derecho del trabajo y de la seguridad social. Editorial jurídica de Chile. Santiago, Chile.
 - IDEALISREPORTS – Abogados de Chile. 2014. “Ya no es quiebra, sino reorganización”. [en línea], <<http://idealisreports.cl/nueva-ley-quiebras/>> [consulta: 09 de septiembre 2014].
 - LÓPEZ, C.; SANFILIPPO-AZOFRA, S. y TORRE-OLMO, B. 2011. ¿Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de la insolvencia. [en línea] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81822806010>> [consulta: 11 de enero 2015].
 - MELIS V., C. y SAEZ C., F. 2009. El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo. Editorial Legal Publishing. Santiago, Chile.
 - MONTOYA M., A. 2004. Crisis de empresa y contrato de trabajo. Panorama tras la ley concursal. Revista Española de Derecho del Trabajo 122. pp. 205-225..
 - TRONCOSO, Manuel y GONZÁLEZ, Marita. 2014. Educación obrera para el trabajo decente. Módulo 2: derecho del trabajo. [en línea] <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_249879.pdf> [consulta: 03 de febrero 2015].
 - WALKER, Francisco. 1956. Concepto, naturaleza y características del Derecho del trabajo. [en línea]

<<http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/6028/5894>> [consulta: 07 de enero 2015].

APÉNDICE: ENTREVISTAS

Esta serie de entrevistas fueron realizadas en el desarrollo de esta memoria para analizar el tratamiento que se le da en Chile a los derechos de los trabajadores, frente a la quiebra de su empleador empresa. A continuación, expondré la pauta de preguntas y a continuación las respuestas de los entrevistados.

Preguntas entrevista para memoria: “Comparación entre el tratamiento que le da Ley de quiebras N° 18.175 y la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento N° 20.720 al contrato individual de trabajo. Ventajas y Desventajas”.

Mi nombre es Violeta Morales, estudiante de quinto año de Derecho en la Universidad de Chile, estoy desarrollando mi tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, con el apoyo del fondo Basal. Por lo cual, requiero de esta entrevista, porque pretendo compilar el juicio de expertos vinculados a las áreas que han sido afectadas con la entrada en vigencia de la ley 20.720 sobre Insolvencia y Reemprendimiento. Particularmente, mi objetivo con esto es analizar el tratamiento que se le da en Chile a los derechos de los trabajadores, frente a la quiebra de su empleador-empresa.

- 1) En perspectiva general, ¿Considera que la nueva forma de entender el derecho concursal puede ser beneficiosa para la protección de los derechos de los trabajadores? Sí, No, ¿Por qué?
- 2) Desde su área de interés, ¿Le parece necesaria la modificación que la ley N° 20.720 le hace al Código del Trabajo? Sí, No, ¿Por qué?
- 3) ¿En qué se beneficia la empresa con esta modificación?
- 4) ¿En qué se beneficia el trabajador con esta modificación?
- 5) ¿Qué opinión le merece que la causal de terminación del contrato individual de trabajo sea ipso iure?
- 6) ¿Cree Ud. que con la nueva causal de terminación del contrato individual de trabajo, cuando el empleador se somete a un procedimiento de liquidación, se soluciona el problema de los trabajadores cuando se enfrentan a la insolvencia del empleador? Sí, No, ¿Por qué?

En caso de que la respuesta sea No, ¿Qué otro aspecto se debe tomar en cuenta?

- 7) Teniendo en consideración que en el artículo 3 del código del trabajo se refiere a la empresa como la organización de medios personales, materiales e inmateriales. ¿Considera necesaria la participación de los sindicatos en la decisión sobre la situación definitiva de la empresa que cae en insolvencia, en su calidad de órgano protector de los derechos de los trabajadores? Sí, No, ¿Por qué?

8) Se ha señalado que esta restructuración del derecho concursal consolidará a Chile como una economía moderna, a la altura de los estándares internacionales. Lo mismo no puede decirse de nuestro derecho laboral, que ha sido fuertemente cuestionado. Dado lo anterior, y, a pesar del vínculo estrecho que tienen ambas disciplinas, sobre todo al conflicto de intereses que se genera con la insolvencia de la empresa, no ha existido, en nuestro país, una evolución conjunta de estas áreas. ¿Se puede pensar en una evolución conjunta de ambas disciplinas, que concilie los derechos de los trabajadores con un estándar de eficiencia económica para las empresas? Sí, No, ¿Por qué?

Entrevista 1: Arturo Prado P. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (1982). Profesor Titular de la Universidad de Chile (2005). Actual Abogado Integrante de la Excma. Corte Suprema (2012-2015).

Respuestas:

1) Hoy día lo que beneficia al trabajador es la certeza, que no tenía antes, que cuando existe una conclusión del contrato de trabajo que ha sido celebrado por el fallido aun cuando se asemeja es necesario concluir la relación laboral. Era menester, por lo menos poner término al contrato de trabajo, pero no como una causal que se producía ipso iure, hoy, en cambio, esta situación se ha modificado. Se sabe que la quiebra es una causal que pone término del contrato de trabajo. Esto aparece en los orígenes de la moción que dio origen a la actual ley 20.720, el boletín #832403 y el #849213 del Senado dio origen a esta modificación. Hoy día, a pesar de que la quiebra produce el desasimiento, igual que el artículo 64 de la antigua ley y el artículo 130 de la nueva ley. Produce el desasimiento del fallido, teniendo en consideración que tradicionalmente no se ponía termino al contrato de trabajo. Se mantenían los contratos y se mantenía la continuidad de sus efectos. Por supuesto era un contrato pendiente que estaba vigente al momento que se producía la quiebra y hoy día la ley nueva se encargó de zanjar esta situación y también se modificó el tema de las indemnizaciones. Cuando se producía la quiebra y había continuación efectiva, total o parcial, de las actividades del fallido, se mantenían los contratos y lo que ocurría es que había que poner término y además, producto de la ley bustos, había que pagar las cotizaciones previsionales. Evidentemente, era complicado porque evidentemente generaba una super preferencia respecto de los acreedores que debían verificar crédito y otro acreedor que tenía una super preferencia porque no se podía poner término al contrato y las remuneraciones se seguían devengando hasta que no se ponía término. El recurría al artículo 27 y establecía, de la ley 18175, que era la antigua ley de quiebras, había que invocar una causal para producir el desahucio y, por lo tanto, aparecía que la causal más simple era la de la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, que era la que establecía el art 159 n° 5 del Código del Trabajo. Muchos, en cambio, discurrían que había un supuesto caso fortuito; en ese caso se trasladaban al 159 n°6 del Código del Trabajo y alguna jurisprudencia respaldo esta última posición. Por último también se establecía y se proveía como situación irresistible asimilable a caso fortuito el de la declaración de quiebra. Pero la verdad es que podía ser discutido si la quiebra era o no imprevisible, por tanto, no un

caso fortuito. Y, por último, también estaban las famosas necesidades de la empresa que establecía cuando se producía una desestabilización o en definitiva cuando se invocaban era porque había un síntoma económico que impedía mantener la empresa y por tanto producía esta situación económica. Ahora la jurisprudencia, perdón la Superintendencia de Quiebras, creo un instructivo que es el N° 10 que es del 29 de diciembre del 2009, expresamente instruyo a los síndicos, para que en caso de que el empleador fuera declarado en quiebra se despidiera al trabajadores, basado en las necesidades de la empresa, y desde luego cuando hay necesidades de la empresa hay que pagar indemnizaciones, expresamente establecido en el N° 8 del artículo que acabo de mencionar. Ahora, hay situaciones más puntuales como son la situación de los cambios, de reivindicaciones totales o parciales relativas al dominio o mera disposición o tenencia de la empresa. En que se dice expresamente, que no altera los derechos laborales. Por último, hay que considerar que antes de la actual ley estaba la famosa ley Bustos, la N° 19631, que imponía que para proceder al despido de un trabajador por estas causales se podía producir, siempre y cuando el empleador hubiese pagado íntegramente el total del monto de las cotizaciones previsionales al momento del despido. Por tanto, como digo, la situación alteraba los presupuestos de la quiebra que era la par conditio creditorum. La situación de la actual ley de quiebras es que el artículo 350 introdujo al Código del Trabajo una modificación que esta en el artículo 163 bis y habla de una persona en que su empleador fue sometido a un procedimiento concursal, es decir una resolución más ad hoc.

2) Sí, porque fijo el sentido y alcance de los artículos 350 y primero transitorio de la ley 20.720 y además está en el dictamen que se acaba de dictar el 9 de septiembre del 2014 de la Dirección del trabajo. La nueva causal, el artículo 163 establece que el contrato de trabajo terminará en caso que el empleador fuere sometido a un procedimiento concursal de liquidación, estamos hablando solamente de liquidación no de reorganización y no de otra forma que no sea liquidación.

3) y 4)

Hay una causal cierta, hoy día, de terminación de contrato de trabajo. Antiguamente, no había un sino que básicamente la jurisprudencia y los dictámenes de la DT que decían que se aplicaba las necesidades de la empresa. Ahora, Ud. sabe que esto tiene una excepción igual, que son de los trabajadores que estuvieren gozando de fuero, van a tener que pagarle indemnización equivalente a la última remuneración. Ahora, el liquidador, dice la norma, deberá poner a disposición del trabajador el respectivo finiquito al menos diez días antes de la expiración del período ordinario de verificación de créditos que establece la organización. Este finiquito se tendrá como antecedente documentario para justificar pago administrativo, en caso que el trabajador quiera verificar en la quiebra. Esta más claro el asunto de los pagos administrativos, que son los que están establecidos en el artículo 244 de la nueva ley “tan pronto existan fondos suficiente para ellos, y previendo que el activo remanente sea suficiente para asegurar los gastos del procedimiento concursal de liquidación el pago de los créditos de mejor

derecho, podrán pagarse por el liquidador los créditos que Ud lleve el artículo 2 y estos son los que te digo ahora. (revisar articulo) 2462 CC.

5) Favorable

6) No, porque el trabajador pierde su fuente laboral. Obviamente, Ud. no lo arregla. Le reconoce un mejor derecho para poder verificar, regula la situación del trabajador frente a la insolvencia, pero no le mejora su situación, en que desgraciadamente, a pesar de que se hagan pagos administrativos y que se puede pagar sin necesidad de tener una verificación estamos frente a una situación de emergencia social y esa emergencia social es muy grave porque pierde su fuente de trabajo.

Otra cosa que es importante que tenga en consideración cuando una persona natural, se produce la inembargabilidad de las remuneraciones de la persona deudora, en el caso de la liquidación de bienes de la persona deudora, inembargabilidad que la ley expresamente protege (artículo).

7) No, porque, no se necesita la participación de un sindicato para la decir que la empresa es insolvente. La idea de empresa se construye sobre una pirámide, en cuyo vértice se encuentra el empresario y en cuya base están los trabajadores. El empresario organiza los medios de producción, el capital y también la fuerza laboral destinada a un fin productivo. Ahora, los sindicatos son una forma de organización de los trabajadores, pero se supone que no debe haber asimetría ni posiciones contrapuestas cuando hay insolvencia. Los trabajadores deberían ser los primeros interesados en conservar su fuente laboral y dar todas las posibilidades de que la empresa pueda repuntar o bien liquidarse rápidamente y obtener el pago de sus remuneraciones, entre otros pagos. Acuérdesse que históricamente en Chile los trabajadores tienen, han tenido siempre una protección importante de parte del legislador. Ahora, no obstante ello, se sabe que el porcentaje de devolución de un trabajador en un proceso de liquidación no excede el 58% de su remuneración o en su caso las indemnizaciones las legales las que tienen esa tasa y es porque no hay más activos.

8) Muy buena la pregunta, pero al mismo tiempo considero que la pregunta parte de la premisa en que el trabajador y el empresario están en posiciones contrapuestas y vuelvo a repetir. Yo creo que es importante que Ud. piense que eso no es así, que no ha posiciones contrapuestas. Yo pienso, que en el fondo, una empresa es la comunidad humana de trabajo y fundamentalmente parece que en esta comunidad no existe conflictos que sean de lucha o de tensión. Porque al trabajador le interesa su puesto de trabajo y al empresario le interesa su ganancia. Entonces, se necesitan. El Derecho mercantil apunta al aspecto externo de la empresa, a la actividad contractual y el Derecho Laboral o social apunta a un aspecto interno de la empresa, pero ambos convergen, de forma indispensable. No pueden operar ni hacerse efectiva ninguna contraprestación o prestación de la empresa donde no haya una fuerza laboral organizada y gratuitamente convenga. Entonces, ¿Si marchan juntos? Sí. Y no es un pensamiento utópico sino que pienso que en la idea de que el trabajador defienda su

empresa, el trabajador se ponga la camiseta de la empresa, el trabajador viva de los conflictos que vive el empresario por el medio y que también muchas veces sea parte del drama de no tener los recursos para pagar la planilla y bueno, si al empresario le va mal a los trabajadores le va a ir mal también, pero los trabajadores no pueden pretender un blindaje, eso no esta bien. Tiene un puesto de trabajo, tiene un sueldo seguro, prestaciones de seguridad social. Pero eso no significa que el empresario tenga que inmolarse, no puede ser.

Entrevista 2: Álvaro Gallegos D. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor Clínica de especialización de litigación en Derecho laboral.

Respuestas:

1) Cualquier procedimiento de quiebra o insolvencia parte de una realidad que nunca es beneficiosa para el derecho del trabajador. Partimos de la base del drama que resulta la situación de la insolvencia de la empresa y eso ya se traslada directamente al trabajador, sufrir las consecuencias del mal manejo, de la mala administración o lo que sea que tenga. O sea ni la anterior ni la actual soluciona esa situación. No hay una situación en que uno pueda decir vaya a ser beneficiosa. Pueden haber mecanismos que tiendan a corregir o a hacer más fácil el proceso, por ejemplo en los pagos. No es más beneficioso en lo que uno entiende el derecho del trabajador a conservar su fuente de empleo, a conservar y a proteger sus remuneraciones, etc.

2) Lo que pasa, yo creo que la ley, en este punto, vino a clarificar situaciones en las cuales habían distintas posturas. Y donde efectivamente, da la impresión de que los trabajadores estaban mucho más en el aire de lo que uno pudiera pensar hoy día, no desde el punto de vista de protección sino que desde la certeza. La certeza ayuda a algunos elementos de la protección.

3) Durante mucho tiempo se discutió, por ejemplo, la situación en orden a como la empresa debía enfrentar la situaciones laborales que tenía al interior. Llegaba un síndico y despedía por necesidades de la empresa, pero no podía despedir porque tenía problemas con la ley bustos. Tenía una situación de qué pasaba con la trabajadora embarazada, en el fondo qué pasaba con los trabajadores con fuero, especialmente, pensando en el dirigente sindical. Esta situación da herramientas que son bastante claras y expeditas en términos de solucionar. La nueva normativa, a pesar de que ya había unificación de jurisprudencia que decía, que la nulidad del despido de la ley bustos, se cortaba en el momento de declaratoria de quiebras, que era la tesis anterior, era la quiebra la que fijaba los derechos de los acreedores. Esa era la postura, en el fondo de parte de la jurisprudencia que se había unificado. Hoy nadie lo discute. La situación de los dirigentes sindicales pasa lo mismo. Hoy el dirigente sindical o el fuero que emana de las actividades sindicales se termina y tiene una lógica de por qué se termina. A

diferencia de la situación que se le da a la protección de la maternidad, también el caso de la adopción y otras situaciones que se asimilan al fuero.

4) El gran problema del trabajador, es que yo siento que en materia de protección de derechos de los trabajadores nos dieron solamente dos herramientas, una sustitutiva más clara, más mejorada y, además, la posibilidad de tener trámites de pagos administrativos y un finiquito más expedito. Claro que está sujeto a los topes, que por lo demás, eran los mismos topes que ya existían. Siguen siendo, al menos, desde esa perspectiva, una situación más expedita de pago. Y de eso uno podría decir, ¿esto beneficia al trabajador? Sí.

5) Tiene lógica, a mi juicio, tiene lógica. Para efectos de determinar el pasivo de la empresa y cortarlo en ese minuto y cortarlo de forma definitiva, más allá que se podría re-contratar en el caso en que se decidiera que la empresa siguiera operando. Indudablemente así cortamos, el taxímetro. Usted trabajador, indudablemente se va con todas sus indemnizaciones, si usted tiene una perspectiva laboral de la empresa, se hará una contratación nueva. Sigue siendo el mismo problema, que planteábamos al principio, la situación de quiebra no es una situación de protección al trabajador. La pregunta es si las instituciones pueden tener una lógica adaptativa a una realidad no querida.

6) Nunca se soluciona. La ley parte de la base, le da al liquidador la facultad de, mira usted dentro de seis días les comunica que están despedidos con esta causal. Le va a pagar el finiquito, dentro de los diez días. Le da todo un mecanismo. Pero se supone que la empresa o persona (o en el fondo empleador) tiene efectivo sin no lo tiene probablemente se va a tener que someter al procedimiento general de verificación de créditos, cuando ya se puedan realizar los bienes.

7) Indudablemente que la participación de los sindicatos podría ser previa a un procedimiento de declaración de insolvencia y que va en el marco de las numerosas restricciones que tienen las organizaciones sindicales para participar o incidir en la misma marcha de su empresa. Nosotros tenemos una visión bastante restrictiva, en general, en cuanto a legislación en orden a que usted negocia solo plata. Usted no negocia, en términos generales, condiciones comunes de trabajo. Condiciones comunes, pero desde el punto de vista de remuneracional. No estas negociando participación en las decisiones que afecten a la misma empresa. Creo que efectivamente nosotros, uno, entiendo que va en esa misma lógica una parte del proyecto de la reforma laboral de ahora de diciembre que dice bueno. Un trabajador pide un bono, pero de repente no puede decidir cómo la empresa está manejando sus recursos. El drama que uno ve, si ya está declarada la quiebra, como consulto al trabajador en una causal que ya está terminada. Una relación laboral que en el concepto de la ley ya está terminada. Cuando ese proceso debiera ser previo, o sea la participación de un sindicato en la protección de los derechos sus trabajadores debiera ir enfocada, precisamente, en evitar la insolvencia de la empresa. Más que a decir bueno, ya que efectivamente se da esta situación donde se está viendo cómo se reparte.

8) Sí, pero eso se da... Es correcta tu afirmación, las afirmaciones que tu contiene. Más allá de las que comparta o no las comparta en términos si vamos a ser una gran economía porque tengamos una nueva ley de insolvencia. Si uno entiende que la manera de evolucionar, de una manera más mancomunada, pasa necesariamente por un tema de fortalecimiento de derechos colectivos. Una empresa que dialoga, que negocia, una empresa que avanza en conjunto con sus trabajadores requiere de una “despropietarización” de la empresa. ¿Qué quiero decir con esto? Somos tan agregados al concepto de propiedad sobre la empresa que todo lo que establecemos en orden a establecer las facultades de dirección y administración, son intrínsecas y, prácticamente, inalienables de la empresa. Por esa concepción, indudablemente que hace que no vayan de la mano hoy día. No le pidan a la ley de quiebras o de reemprendimiento, no le pidan a esta ley lo que en realidad es una misión del Derecho Laboral, no del Derecho concursal. El Derecho concursal, para estos efectos, busca solucionar un drama económico concreto, que hará de mejor manera que esa empresa sea capaz de levantarse o de pagar, lo que sea. O incluso las personas. El Derecho Laboral, en cambio, desde la lógica de protección del trabajador, indudablemente que debe tender, a mi juicio, a grados de participación colectiva más elevados y grados de autonomía de esas organizaciones y de las negociaciones que puedan tener con la empresa sean de verdad. El problema que nosotros tenemos es que tenemos empresas que de repente son cualquier cosa, menos son serias. Y tenemos negociaciones que distan mucho de ser verdaderas negociaciones. La frase que nos gusta acuñar, de repente de algunos autores, que no es de Gamonal sino que está copiada “una negociación colectiva sin herramientas de protección adecuadas, incluida la huelga en esos textos, pasa a ser una negociación colectiva de limosna”. Indudablemente que es muy cierta en algunos tipos de empresa en que en realidad la posibilidad de los trabajadores de negociar en serio con su empleador es nula. El caso Starbucks es el niño símbolo, para estos efectos, de la visión que pueden tener ciertas empresas de sindicatos. Y ese tema, a su vez, te genera organizaciones sindicales débiles que terminan negociando sus propios fueros. Terminan en la misma dinámica en que empiezan a funcionar una empresa que es un vicio que se van trasladando uno a otro. Si la empresa me jode, yo como sindicato también quiero joder a la empresa y nos pasamos en ese diálogo de sordos. Toda la aparición de los sindicatos del día después son parte del mismo fenómeno. No negociamos en serio, no negociamos de buena fe. Todos andan buscando la quinta pata del gato. El requisito que debe tener el contrato, cómo se contó ese plazo, etc. que de verdad lo único que hace es rigidizar los procesos de negociación colectiva.

Entrevista 3: Ricardo Juri S. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor asistente del Departamento del Derecho del trabajo y Seguridad social.

Respuestas:

1) La nueva forma de entender el derecho concursal es beneficiosa para la protección de los trabajadores ya que, materias que antes no regulaba la ley de quiebras debían ser

resueltas por la jurisprudencia administrativa y judicial y ahora al estar regulada da certeza jurídica sobre los derechos laborales.

2) Sí, fue necesaria la modificación entre otros motivos para regular lo que no estaba regulado.

3) La empresa se beneficia al tener certeza jurídica sobre aspectos tales como el fuero, la aplicación de la ley Bustos y la causal de despido.

4) El trabajador se beneficia al saber exactamente sus derechos en caso de quiebra de la empresa.

5) Favorable

6) Si se soluciona debido a que se sabe la causal de término y sus derechos.

7) En principio considero que es importante la opinión del sindicato al representar al elemento más importante de la empresa, que son los medios personales y en especial por los fines de todo sindicato que cobran mayor interés en insolvencia de la empresa, para velar por los derechos de los afiliados al sindicato., pero sólo se les debería escuchar y no tener derecho a voto en las decisiones ya que, implicaría una injerencia en la potestad de mando del empleador que se traspasa al síndico.

8) Depende del punto de vista que se tenga del derecho del trabajo, si es bueno o malo una mayor protección al trabajador. El derecho laboral tal como está permite un desarrollo económico del país, mayores derechos y protecciones afectarían nuestra competitividad.

Entrevista 4: Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. Representada por los abogados: Matías Avendaño y Nicolás Velasco.

Respuestas:

1) Sí, porque la nueva regulación permite al trabajador fijar sus derechos de un momento cierto. Lo que pasaba con el libro IV del Código de Comercio era de que el trabajador por el solo hecho de declararse la quiebra del empleador no era causal para poner término a su contrato de trabajo, eso implicaba que en la práctica su relación laboral no se extinguía y por tanto no había una aplicación del cuando procede respecto de él todos los derechos de la legislación laboral. Venía a la superintendencia y tenía que pedir un certificado que demostrara que su empleador había quebrado. No era el medio más regular, pero el medio que se utilizaba para poder acceder al seguro de cesantía, tenía que pagar a un abogado también para que verifique crédito en el proceso. El abogado no es barato, cobran un porcentaje no menor del crédito. Estableciendo la liquidación o la resolución como causal de término del contrato de trabajo. y haciéndole al ... solo la terminación del contrato de trabajo en razón del finiquito que entrega en la verificación del procedimiento. Respecto del empleador, hay un ahorro procesal respecto de los

gastos en que debe incurrir el trabajador también y le da también una solución cierta respecto de su situación laboral para postular al seguro de cesantía, etc.

2) En razón de lo anterior sí.

3) Beneficia a la empresa porque fija de manera bastante clara, todo muy en línea a lo que señala la Corte Suprema en el 2010 respecto de los cobros en los procedimientos concursales. Primero, respecto de que no existen, al momento de quiebra, un sindicato, por tanto no procederían las indemnizaciones por fuero.

Me centraría más respecto de los beneficios de la empresa, especialmente las que son personas naturales, en el sentido en que las personas antes no podían rehabilitarse, a propósito de la terminación del procedimiento del libro IV, el que era muy extenso. La deuda laboral respecto de esa persona se mantenía en el tiempo. Aunque se verificara siempre permanecía. Ahora la relación laboral, con bien decía, se extingue. Por tanto, una vez que el deudor ha sido rehabilitado, puede continuar en otras actividades empresariales, puede reemprender, o sea suena bastante cliché, pero ese es el propósito de la legislación. Dar herramientas a los empleadores o empresas, en general, para que puedan reemprender y hacer nuevos proyectos empresariales.

4) El trabajador. Hay dos aspectos que yo valoro bastante, respecto de la regulación en específica, respecto del finiquito y la obligación legal que tiene el liquidador de extenderla en un plazo formal de 6 días. Entonces, claro. Estábamos pasando del Libro IV, donde primero, no era causal de terminación del contrato de trabajo y, por tanto, tampoco se podían extender finiquitos. Ahora cambió el paradigma completamente, donde termina inmediatamente la relación laboral y se extiende el finiquito. Y, a propósito de eso, a pesar de que también estaba regulado en el libro IV, son los aspectos del pago administrativo. El pago administrativo estaba regulado en un artículo en el libro IV y ahora el liquidador tiene que cumplir una serie de plazos y se extiende el finiquito y si el trabajador está de acuerdo, se da casi inmediatamente el pago. Entonces, en este sentido se salvan varias situaciones con respecto al pago inmediato que tiene el trabajador, que a pesar que la mayoría de los procedimientos concursales esta resguardado por las preferencias del CC. En este caso, el plazo de pago se reduce muchísimo, que es uno de los beneficios más importantes para el derecho del trabajador. En resumen, primero, el pago administrativo, el finiquito, poner término a la relación laboral y estos abundan en unas cuestiones mucho menos técnicas, que era lo que yo te comentaba, respecto del trabajador, de cuando iba a recibir sus pagos, además que puede emprender inmediatamente la búsqueda de otro trabajo con un finiquito en la mano, puede acceder al seguro de cesantía.

5) Los beneficios. Lo que ocurría, a pesar de que ya no ocurría con tanta regularidad en el Libro IV, era que se podía discutir de todas maneras, se discutía la procedencia de la ley bustos, a pesar de que en este último tiempo la jurisprudencia fue casi uniforme. De todas maneras, eso extendía mucho el plazo de discusión y, lamentablemente, ocurría de que como se discutía ese juicio, se extendía mucho la posibilidad de efectuar los pagos.

Entonces, en ese sentido, que se termine ipso iure la relación laboral, le da certidumbre al trabajador respecto de su situación y, también muy relacionado con el asunto del finiquito, cuales son las prestaciones que estima el liquidador que tiene para con el trabajador.

6) El fenómeno de la insolvencia no es un fenómeno estatal, es un problema que se va arrastrando en el tiempo, de hecho son varios los síntomas que tiene el deudor, respecto del deudor, que va a caer próximamente en cesación de pagos o de que la situación económica se ha ido empeorando generalizadamente, por ejemplo, el caso típico en los trabajadores es que deja de pagar las cotizaciones previsionales, de hecho, grandes acreedores, en nuestros procedimientos son el IPS, la AFP. Es un hecho que lamentablemente se da, finalmente el empleador privilegia cubrir créditos con créditos, cubrir con el dinero destinado a cubrir las cotizaciones previsionales. Al final teníamos que dar cuenta de los intereses del trabajador, entonces, en ese sentido de que la solución sea bastante rápida con el hecho de que sea la declaración la que ponga término al contrato de trabajo creo que si soluciona en gran parte o alivia este problema.

7) Respecto a la empresa que cae en insolvencia, no es un hecho inmediato, es una situación que se da en el tiempo. En este sentido, son pocas las decisiones en las que pueden intervenir. Nosotros como Superintendencia, intervenimos solamente al final del procedimiento que se desencadena en la falta de solvencia de la empresa. Entonces, finalmente, no son muchas las decisiones que nosotros tomamos antes del desenlace. Relacionado con la pregunta, la verdad que, a título personal, no creo que podamos hablar como Superintendencia si vamos a opinar respecto de un sindicato. Yo al menos, a título personal (Matías Avendaño), creo que la intervención de los sindicatos en la decisión de la empresa siempre es bien mirada, porque finalmente son ellos los que intervienen en los procesos productivos. Ahora es cierto, yo no conozco ningún caso en que se haya tomado la opinión de un sindicato, a propósito de la regulación concursal. Si, todas las regulaciones concursales tienden a velar por los derechos de los trabajadores, por razones obvias. Finalmente, son ellos los más afectados, pero no conozco ningún caso en que se tome la opinión de un sindicato en un procedimiento de verificación.

Tiendo a creer que el objetivo de un sindicato es representar los intereses de un sindicato frente a un empleador. Si en la empresa fue declarada la liquidación de la misma, quiere decir que no hay más empleador tampoco. En ese sentido, yo creo que la ley hace muy bien en decir que el fuero sindical deja de existir, en la práctica.

8) Yo creo que especialmente la ley 20.720 ha tratado de armonizar, en ambos casos darle eficiencia al procedimiento concursal y también darle protección a los derechos de los trabajadores, es un esfuerzo conjunto, no hay que pensar en el procedimiento concursal como una isla. Hay cambios fundamentales, los cuales ya te mencionaba: derecho de finiquito, etc. Entonces, yo creo que el esfuerzo legislativo apuntaba a darle eficiencia al procedimiento concursal, pero este influye en muchas áreas. Ya conversábamos respecto a que permite nuevas iniciativas empresariales, permitir la

rehabilitación eficiente de los empleadores, genera nuevos puestos de trabajo. También se modifican las normas de obtención de créditos, se dan incentivos para que la empresa pueda reorganizar su pasivo y pueda continuar con su trabajo. Creo que se puede trabajar más en este sentido, pero comparándolo con el Libro IV es un avance gigantesco en materia de Derecho laboral.

Completamente de acuerdo, muchas de las innovaciones como, por ejemplo, lo que significa el tope respecto de las indemnizaciones respecto al CC, ahora es el máximo 11 años, ya no hay una diferencia entre 10 y 11 años como ocurría antes de la entrada en vigencia de esta ley. Yo creo que es un gran avance la 20.720, pero, lamentablemente, el campo de acción que puede tener una reforma legislativa en una materia tan sectorial especial como esta sólo puede tender a regular más que a legislar. Es contraproducente tratar de modificar áreas fuera de su ámbito de especialidad.

Resultados:

Pregunta 1: La mayoría de los entrevistados considera la nueva forma de entender el Derecho Concursal puede ser más beneficioso en la protección de los derechos de los trabajadores.

Pregunta 2: Por unanimidad nuestro grupo de expertos considera necesaria la modificación que hace la Ley N° 20.720.

Pregunta 6: Nuestros entrevistados se encuentran divididos al referirse a la nueva causal de terminación como la solución de la problemática que genera el fenómeno de la quiebra.

Pregunta 7: La mayoría de nuestros entrevistados concuerda, basados en distintos argumentos que pueden revisar en extenso en cada entrevista, que es favorable la participación de los sindicatos para decidir en el destino de la empresa, cuando su estabilidad laboral puede peligrar.

Pregunta 8: La mayoría de nuestros entrevistados se encuentra conteste con la idea de que ambas disciplinas, afectadas con la modificación, pueden evolucionar en conjunto y lograr sus propios fines de eficiencia económica y el resguardo efectivo de los derechos de los trabajadores.