



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

FLEXIBILIDAD LABORAL Y DESPIDO POR NECESIDADES DE LA
EMPRESA

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

JUAN PABLO GONZÁLEZ DURÁN

Profesor Guía: Luis Lizama Portal

Santiago, Chile

2017

ÍNDICE

ÍNDICE	ii
RESUMEN	iv
INTRODUCCIÓN.....	5

CAPÍTULO PRIMERO

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESEMPLEO

1.	Introducción.....	9
2.	Estatuto internacional contra el desempleo	11
2.1	Declaración Universal de Derechos Humanos.....	11
2.2	OIT y la tutela contra el desempleo	16
2.2.1	Convenio N° 102 de la OIT	17
2.2.2	Convenio N° 158 de la OIT.....	19
2.2.3	Convenio N° 168 del a OIT	21
3.	Mecanismos de protección contra del desempleo	23
3.1	Sistema indemnizatorio.....	23
3.1.1	Indemnización por despido específico	25
3.1.2.	Indemnización por despido injustificado.....	28
3.2	Seguridad social	30
3.3	Reintegro.....	33
4.	Estabilidad en el empleo y la relación laboral modelo.....	36
4.1	Principio de estabilidad laboral.....	38
4.2	Principio de continuidad laboral.....	40
5.	Conclusiones.....	41

CAPÍTULO SEGUNDO

CAUSAL DE DESPIDO DE NECESIDADES DE LA EMPRESA, ESTABLECIMIENTO O SERVICIO

1.	Introducción.....	44
2.	Causales económicas de despido.....	45
2.1	Valor económico del trabajo.....	46
3.	La empresa y su protección	52
3.1	Protección constitucional.....	55
3.1.1	Derecho a desarrollar cualquier actividad económica	56
3.1.2	Libertad de contratación	58
3.2	Protección legal	61
4.	Necesidades de la empresa, establecimiento o servicio	64
4.1	Historia de su establecimiento en Chile.....	64
4.2	Tratamiento y eficacia jurisprudencial.....	72
5.	Conclusiones.....	76

CAPÍTULO TERCERO

FLEXIBILIDAD LABORAL, SU RECEPCIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL EN CHILE A LA LUZ DE LA CAUSAL DE DESPIDO DE NECESIDADES DE LA EMPRESA

1.	Introducción.....	79
2.	Conceptualización	81
2.1	Tratamiento dogmático y estadístico de la flexibilidad laboral de la empresa	84
2.2	Viabilidad judicial de la flexibilidad laboral externa cuantitativa y el despido por necesidades de la empresa	93
3.	Flexibilidad laboral ¿límite a la estabilidad laboral?	100
4.	La justificación social del despido y el modelo alemán	103
5.	Conclusiones.....	105
	CONCLUSIONES.....	107
	BIBLIOGRAFÍA.....	112

RESUMEN

La presente investigación se construirá a partir del estudio analítico de las consecuencias derivadas de la relación entre la flexibilidad laboral y la configuración del despido como figura anómala dentro de las relaciones de trabajo. La flexibilidad laboral constituye uno de los principios más incipientes dentro del derecho del ramo y se circunscribe a las imposiciones modernas de las relaciones laborales y de la realidad socio-económica que afecta a las empresas. En consecuencia, nuestro estudio someterá a análisis la tensión existente entre el referido principio y aquellos asentados de manera uniforme en el ámbito tutelar del Derecho del Trabajo, tales como el principio de estabilidad en el empleo y el de continuidad laboral, a modo de determinación de la vigencia del principio de flexibilidad externa del mercado laboral, reclamado por los imperios económicos de la fuerza empresarial, así como por la relectura del valor social y económico del trabajo.

En tal sentido, el presente estudio responde a la exigencia de examinar los alcances de la irrupción del despido por necesidades de la empresa dentro del modelo típico de relación de trabajo concebido por nuestro sistema jurídico-laboral, en orden a demostrar la interpelación configurada por el principio de flexibilidad laboral y por la resistencia de la judicatura que ha venido sancionando la aplicación de la causal económica del artículo 161 del Código del Trabajo.

INTRODUCCIÓN

La naturaleza especial del Derecho del Trabajo sienta sus bases en la orientación protectora introducida por su normativa y principios imperantes, en beneplácito de la parte más débil de la relación laboral, esto es, el trabajador¹. No se trata, por tanto, de un estatuto igualitario, sino que, por el contrario, responde al objetivo de amparar, preferentemente, al trabajador.

Esta es, sin lugar a dudas, la piedra angular de toda la regulación jurídico-laboral, –al menos en lo que a la tradición del derecho continental respecta–, así como de las causas originarias de su nacimiento y evolución. Las nefastas condiciones laborales del siglo XIX², obligaron a los Estados a intervenir en las relaciones laborales³, sujetas, hasta entonces, a las normas de Derecho común.

Es un lugar común en el Derecho del ramo, que la nota de subordinación que caracteriza las relaciones laborales, ha constituido un punto cardinal en la inflexión de la sujeción del trabajador al poderío del empleador, reforzado por la autonomía de la voluntad y la libertad contractual imperante en los periodos pre-revolucionarios⁴. Aparece entonces, la impostergable necesidad de equilibrar los poderes contractuales dentro de la relación de trabajo. Dicho cometido se cumple a través de la compensación de fuerzas que representa el principio protector del Derecho del Trabajo.

En el citado contexto, la rama laboral ha sido, desde sus inicios, un fenómeno receptivo de las necesidades impuestas por los cambios sociales y económicos

¹ BOZA PRÓ, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. Revista *Thémis* (65), 13-26.

² Las bases históricas del surgimiento del Derecho del Trabajo, como tal, se atribuyen a la Revolución Industrial y al “movimiento obrero”. Para un estudio pormenorizado, véase en DÁVALOS, J. (2003). *Derecho individual de trabajo*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.

³ GRANDA VIVEROS, M. (2007). *Fundamentos de legislación laboral*. Medellín: Instituto Tecnológico Metropolitano, p. 15. 1

⁴ Véase en DE LA CUEVA, M. (1965). *Síntesis derecho del trabajo*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 21.

presentes en la realidad que regula. Así, en su etapa germinal y sostenida, las leyes laborales han favorecido al trabajador, mediante una serie de normas pro-operario y de principios jurídicos laborales, entre los cuales se encuentran el de protección, el de estabilidad laboral y el de continuidad del empleo.

Con todo, existen indicios que plantean la imperiosidad de valoración de otros bienes jurídicos socialmente relevantes, además del trabajo en sí mismo, que dicen relación con elementos económicos que confluyen en la supervivencia de las organizaciones empresariales, como fuente de empleo. Lo anterior porque el Derecho del ramo, ha de ser considerado un derecho incluso dirigido a corregir los desajustes sociales⁵.

En efecto, la adaptabilidad laboral promovió, dentro del concierto europeo-moderno, la flexibilidad de las normas laborales, principalmente, a través de procesos de negociación colectiva que, bajo la mirada del legislador, ha dado resultas positivas, tanto para los niveles de desempleo⁶ como para la regulación de los beneficios laborales de los trabajadores⁷. Lo anterior se ha traducido en el aparcamiento de algunos matices en torno al modelo típico de las relaciones laborales (v.gr. contrato de trabajo indefinido), es decir, en la restructuración de la figura contractual-laboral, sin garantizar la estabilidad en el empleo, a fin de adaptar la protección clásica del Derecho Laboral para aumentar el empleo, la inversión o la competitividad⁸.

Lo anterior supone replantear la aplicación jurisprudencial de uno de los mecanismos que ha utilizado nuestro ordenamiento jurídico, para flexibilizar el mercado laboral, es decir, el despido unilateral por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, dada la interpretación rígida y restrictiva que hacen los

⁵ En tal sentido, véase a THAYER, W. y NOVOA, P. (1993). *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 31.

⁶ Véase en VEGA, H. (2001). El milagro holandés en la lucha contra el desempleo. *Revista Mensaje*: pp. 25 y s.s.

⁷ Cfr. GAMONAL CONTRERAS, G. (2014). *Fundamentos de derecho laboral*. Santiago: Editorial Legalpublishing, p. 200.

⁸ Cfr. ERMIDA URIATE, O. (1990). La flexibilidad del derecho laboral en algunas experiencias comparadas. *Revista Ius et Veritas* (4): 12-19.

jueces de nuestros tribunales, en torno a la vigencia de tal facultad, aun cuando haya sido el propio legislador quien la puso en manos del empleador, a partir de Ley N° 19.010, publicada en el Diario Oficial el 29 de noviembre de 1990, que estableció normas sobre terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo. Basta un examen jurisprudencial somero, para advertir la rigidez con que los jueces evalúan la procedencia de la causal económica del artículo 161 del Código del Trabajo, declarando, en la mayoría de los casos, que ha sido injustificada.

En tal sentido, la hipótesis en que se sustenta esta investigación es la siguiente:

El principio de flexibilidad laboral constituye un requerimiento impuesto por las modernas relaciones laborales desde la perspectiva del valor social y económico del trabajo y de la empresa, de tal forma que se deben introducir correctivos a la aplicación contra la *ratio legis* de la causal de despido de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, justamente porque constituye una de sus más esenciales manifestaciones.

Con tal fin, la tesis se dividirá en tres capítulos interrelacionados.

El primero se abocará al estudio de los regímenes de protección en contra del desempleo como fenómeno de interés universal y del cual se han hecho cargo diversos instrumentos internacionales. De igual forma, se incluirá el estudio de los principios del Derecho Laboral que comulgan en el repudio al despido dentro de la tipicidad o modelo del Derecho del ramo.

El segundo capítulo versará sobre la causal de despido de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, dentro de las causales económicas de término de la relación laboral, como derivación de la protección a la empresa, en sus diversas fuentes, incluyendo, además, la eficacia de la referida causal ante los tribunales de justicia, según jurisprudencia reciente y actualizada.

El tercer y último capítulo tratará el tópico de la flexibilidad laboral, desde diversas perspectivas: dogmáticas, jurisprudenciales y comparadas, con la finalidad de determinar la irrupción de aquel en el ámbito de la estabilidad laboral y de la intención del legislador en el establecimiento de las consecuencias pecuniarias en torno al despido por necesidades de la empresa.

CAPÍTULO PRIMERO

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESEMPLEO

1. Introducción

El Derecho Laboral, como estatuto tutelar de los derechos laborales y de seguridad social del trabajador, apunta hacia la concepción de un régimen de protección del empleo, en aras de la apreciación del trabajo como bien jurídico de suma relevancia en el desarrollo de toda persona⁹.

Lo anterior refleja la filosofía pura de protección estatal sobre el mundo del trabajo ante los abusos devengados por el mercado empresarial¹⁰; función protectora axiomáticamente vinculada al control del mercado.

La expansión histórica del Derecho del Trabajo que germina de forma consolidada luego de la Segunda Guerra Mundial –aun cuando sus antecedentes parecen anclarse en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano¹¹, de 1789, en proclama de la libertad del ser humano, dentro de cuyas manifestaciones se

⁹ *“El trabajo está en el centro de las aspiraciones de las personas pues constituye el medio para obtener su sustento, el mejoramiento de la calidad de sus vidas y su realización personal. El trabajo es esencial para el bienestar de la gente.*

Además de lo que representa para las personas en lo particular, el trabajo es importante también para la sociedad en su conjunto pues abre la puerta al progreso social y económico”. Organización Internacional del Trabajo. 2009. Conocer los derechos fundamentales en el trabajo, p. 5.

¹⁰ OSTAU DE LAFONT DE LEÓN, R. (2011). La filosofía del derecho y el mundo del trabajo. Revista Diálogo de Saberes (34): 115-126.

¹¹ Téngase presente que, invariablemente, los tratadistas sitúan los antecedentes más remotos del trabajo en la historia, en el Derecho romano y en el régimen corporativo de la edad media. En tal sentido, véase a CASTORENA, J. J. (1964). *Manual de Derecho Obrero*. 4ª edición. México: s.p.i., p. 26. Sin embargo, creemos que no parece adecuado aludir, de forma identificadora ni próxima, a los modelos de esclavitud del antiguo derecho, así como tampoco ciertas regulaciones legales dictadas en el seno del conflicto social francés del S. XVIII (v.gr. Edicto de Turgot de 1776 y Ley Chapelier de 1791), que aun cuando proclamaron la libertad de trabajo, vaciaron de contenido el derecho de los trabajadores para asociarse, en repudio a las corporaciones medievales.

encontraba, la libertad laboral¹²–, es muestra de las dimensiones abrazadas por la especialidad y profundidad regulatoria de la citada rama del Derecho. De allí que las concepciones individualistas que presidían el liberalismo del S. XVIII, se condujeron en retirada a partir de la Revolución Industrial inglesa que propició la creación de leyes laborales, empero, dotadas del carácter individualista del Derecho común y que luego fueron derogadas por las nuevas nociones de solidaridad social¹³.

En el citado contexto, la normativa laboral avanzó hacia la elevación constitucional de sus postulados, cuya expresión original se encuentra en la Constitución alemana de Weimar en el año 1919¹⁴, aun cuando la experiencia mexicana haya hecho lo suyo en el año 1917¹⁵. También en 1979 se crea la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT)¹⁶ y se firma el Tratado de Versalles que reivindica el derecho de asociación.

Sin embargo, tal y como adelantáramos, no fue sino hasta el término de la Segunda Guerra Mundial cuando el Derecho del Trabajo adquiere una fisonomía particular¹⁷. La Constitución de Weimar influyó las Constituciones francesas e

¹² RUSSOMANO, M.V. (1998). Derecho del trabajo en el S. XX. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: 815-851.

¹³ Cfr. LAVIGNE, P. (1946). *Le Travail dans les constitutions françaises*. París, tesis doctoral, facultad de Derecho de la Universidad de París, p. 90.

¹⁴ LÓPEZ OLIVA, J.O. (2010). La Constitución de Weimar y los derechos sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud. *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores* 13(26): 233-243.

¹⁵ La doctrina comparada ha descrito el precitado fenómeno, en los términos que siguen: “(...) por primera vez en el mundo, una Constitución, la mexicana de 1917, eleva a la categoría de derechos sociales, garantizados por esta Carta fundamental, principios e instituciones fundamentales del derecho del trabajo, tales como la duración de la jornada, el trabajo de las mujeres y los menores, los salarios mínimos, medidas de seguridad e higiene, derecho de asociación profesional, derecho de huelga, establecimiento de tribunales del trabajo, indemnizaciones por despido y por riesgos de trabajo, servicio gratuito de colocación, seguros sociales”. HORI ROBAINA, G. (1998). Historia de Derecho del Trabajo. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* (3): p. 70.

¹⁶ El Anexo de la Constitución de la OIT, expresa los propósitos perseguidos por dicha entidad internacional, mismos que fueron importados a la Constitución de Filadelfia, en el artículo III de dicho instrumento, entre los que se encuentra el de “lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida”.

¹⁷ “La segunda guerra mundial produjo el derrumbe de los regímenes totalitarios de Alemania e Italia. Los pueblos sojuzgados por estos imperios legislaron en materia del trabajo con un sentido democrático, especialmente Francia e Italia. Algunos adoptaron la forma de repúblicas populares socialistas y dictaron constituciones con esa orientación que incluyen los derechos del trabajo”. HORI ROBAINA, G. (1998). Op. cit. p. 72.

italiana, mientras que la mexicana inspiró las latinoamericanas. Por su parte, el intervencionismo estatal, los derechos sociales, el repudio al importe civilista en el campo de las relaciones de trabajo, así como el Derecho Internacional del Trabajo promovido por la OIT, contribuyeron al establecimiento de un régimen –siempre evolutivo– de protección de las relaciones laborales colectivas e individuales; protección dirigida al trabajador, no así al empleador.

Dicha tutela unilateral tiene una serie de manifestaciones normativas y de hermenéutica legal, entre ellas, la de protección contra el desempleo. En los acápites siguientes abonaremos un estudio pormenorizado del contenido y alcances de dicho objeto, a fin de dar cuenta de los fundamentos clásicos que nuestra dogmática y jurisprudencia han tenido en vista al momento de anular las facultades económicas de despido del empleador.

2. Estatuto internacional contra el desempleo

2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

El artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, expresa:

“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

La importancia del precitado precepto radica en la transversalidad del instrumento que lo contiene. Esto porque, sin dudas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, constituye una de las fuentes más gravitantes en la ordenación de los deberes tutelares de los Estados, en torno al tópico de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuadra el derecho al trabajo¹⁸. Lo anterior, aun cuando la Declaración Universal de Derechos Humanos no constituye ley obligatoria para los Estados, se alza como un instrumento ideario e inspirador de la normativa constitucional y legal de los mismos. En estos términos lo ha puntualizado la doctrina laboralista:

“Aunque esta Declaración carece en rigor, en cuanto tal, de fuerza obligatoria, ella constituye un ideal común de todos los pueblos (Preámbulo). Como expresa, por otra parte, el profesor Santiago Benadava, ‘La Declaración no es un tratado internacional que imponga obligaciones a los Estados miembros de las Naciones Unidas. Sin embargo, tiene valor programático y moral, ha inspirado diversas convenciones y resoluciones adoptadas por las Naciones Unidas y contribuye a la elaboración del derecho consuetudinario de los derechos

¹⁸ En tal sentido, véase a AGUILAR CAVALLLO, G. y CONTRERAS ROJAS, C. (2007). El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile. Revista Ius et Praxis 13(1): 205-243.

*humanos. Algunas Constituciones Políticas se inspiran también en la Declaración*¹⁹.

Sin lugar a dudas, nuestro Código Político recibe tan inspiración. Muestra de lo anterior es lo preceptuado por el artículo 19 N° 16, cuyo inciso 1º, expresa: “*La Constitución asegura a todas las personas. La libertad de trabajo y su protección*”.

Conviene, en este punto, precisar la estrecha vinculación que existe entre el derecho al trabajo y la protección contra el desempleo, derecho fundamental específico también contenido en el instrumento en estudio (artículo 23.1). En efecto, creemos que existe una relación de género-especie, en la medida en que el derecho al trabajo²⁰ comprende la protección contra el desempleo²¹.

En este orden de ideas, el derecho al trabajo es materialización del derecho a la realización personal y a la participación en la vida económica y social de la nación²². De tal forma, el objeto del Derecho del Trabajo es, precisamente, el derecho al trabajo. Cabe señalar que, en cuanto a la historia fidedigna del establecimiento de la

¹⁹ MONTT BALMACEDA, M. (1998). *Principios de derecho internacional del trabajo, la OIT*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 29.

²⁰ Así lo ha entendido la OIT, la cual al referirse al “trabajo”, ha señalado que se constituye en: “(...) *existencia humana: es un medio para sustentar la vida y satisfacer las necesidades básicas, pero es también la actividad mediante la cual las personas afirman su propia identidad, tanto ante sí mismas como ante quienes les rodean. El trabajo es crucial para el ejercicio de opciones personales, para el bienestar de la familia y para la estabilidad de la sociedad*”. OIT. (2001). Memoria del Director General. Reducir el déficit de trabajo decente - un desafío global.

²¹ Sin perjuicio de lo anterior, alguna doctrina ha identificado ambos aspectos: “*Es así que no puede confundirse como supuestamente equiparable, derecho al trabajo y protección por desempleo. La función de este es paliativa —o más modernamente reactiva (a través de la incorporación de políticas de inserción), pero no puede ser equiparada al trabajo profesional que dignifica a quien lo realiza (y no sólo contribuye a liberarlo de la pobreza) y evita la situación de dependencia que pueda estigmatizarle. Este razonamiento sería de por sí suficiente para afirmar la exigencia de una gestión activa de la protección social por desempleo*”. MONEREO PÉREZ, J.L. (2003). Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico. Revista LAN HARREMANAK: p. 86.

²² Lo anterior se vincula, además, con la finalidad jurídica del Estado, cual es la de promover el bien común. En tal sentido, el artículo 1º de la Constitución Política de la República, en su inciso 4º, establece: “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”.

ley, entre nosotros, la Comisión Constituyente de la Nueva Constitución (1980), precisó en torno al numeral 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental²³ la influencia derivativa de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los siguientes términos:

“Del texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se puede desprender, aunque ésta no hace ninguna clasificación, cinco grandes grupos de derechos:

4. Derechos Sociales: derecho al trabajo, a la protección de la maternidad, de la infancia, de la vejez y otros de la misma índole”²⁴.

A mayor abundamiento, aun cuando el texto del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la Republica, acaba consagrando la libertad de trabajo y no el derecho al trabajo, resulta preciso subrayar las dimensiones del precitado derecho en el seno de la Comisión Constituyente, que expresó:

“La Comisión se ocupa de la garantía relativa al derecho al trabajo.

1. — Se deja constancia, en relación al derecho al trabajo —N° 14 del art.10°— de que se entiende que corresponde al Estado crear las condiciones para que el acceso al trabajo y el derecho al trabajo se cumplan efectivamente en el medio social, pero que se considera innecesario un precepto expreso por haberse consagrado una norma que contiene esa idea en el Capítulo 1° del proyecto de la Comisión”²⁵.

²³ Sobre los antecedentes dogmáticos y normativos de la referida garantía constitucional, véase a GAMONAL CONTRERAS, S. (2004). La libertad de trabajo y el principio de no discriminación en la Constitución. Revista Laboral Chilena: 62-72.

²⁴ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Segunda Parte de la Sesión 83ª, celebrada el 31 de octubre de 1974, p. 62.

²⁵ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 199ª, celebrada el 7 de abril de 1976.

Por su parte, la protección contra el desempleo, involucra el establecimiento de medidas paliativas de los daños derivados del término de las relaciones laborales. En tal sentido, los sistemas laborales involucran la aplicación de la normativa laboral bajo la óptica de ciertos principios jurídicos, tales como el de estabilidad en el empleo y el de continuidad laboral. El primero se traduce en la consagración de causales legales de despido y de un sistema indemnizatorio cuando el despido ha sido declarado judicialmente como injustificado. El segundo, en ciertas reglas de ultra-actividad de las relaciones laborales cesadas por causas injustificadas o fraudulentas (v.gr. encubrimiento de contratos de trabajo indefinidos mediante sucesivas convenciones a plazo entre las cuales media finiquito del trabajador). En el mismo sentido, el Derecho Laboral impone la obligación estatal de franquear mecanismos de subsistencia económica al trabajador despedido (v.gr. seguro de cesantía).

En este sentido, nos parece valioso destacar los alcances de la protección de seguridad social a las que hace referencia la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁶, cuya cobertura se extiende también a los seguros en caso de desempleo. Así, el texto del artículo 25.1 reza:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

²⁶ Para un estudio acabado sobre la protección social de contingencias típicas contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, véase a PONS RAFOLS, X. (1998). *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*. Barcelona: Icaria Editorial S.A., p. 369.

2.2 OIT y la tutela contra el desempleo

La OIT ha desempeñado un rol activo en las recomendaciones impartidas a los Estados en torno a la prevención del desempleo y a la mitigación de sus nefastas consecuencias. Es en el citado contexto en el cual se dicta la Recomendación N° 1919 (1), de 28 de noviembre de 1919, en la 1ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), convocada en Washington, en cuya virtud se expresa:

“IV. La Conferencia General recomienda que cada Miembro de la Organización Internacional del Trabajo coordine la ejecución de las obras emprendidas por cuenta de la autoridad pública, y reserve dichas obras, dentro de lo posible, para los períodos de desempleo y para las regiones más afectadas por este fenómeno”.

De igual forma, el artículo III, prescribe:

“La Conferencia General recomienda que cada Miembro de la Organización Internacional del Trabajo organice un sistema eficaz de seguros contra el desempleo, ya sea mediante una institución gubernativa, o bien mediante la concesión de subvenciones gubernamentales a las asociaciones cuyos estatutos dispongan el pago de indemnizaciones de desempleo en favor de sus socios”.

En términos generales, es posible advertir la preocupación de la OIT por el fenómeno, siempre negativo, del desempleo, a través de estrategias para el

fortalecimiento del empleo de la fuerza laboral más vulnerable (v.gr. jóvenes, ancianos, extranjeros)²⁷.

Con gran trascendencia, la Recomendación N° 44, adoptada el 23 de junio de 1934, sobre el Desempleo, estatuye normas sobre el seguro contra el desempleo e indemnizaciones por la misma causa²⁸.

2.2.1 Convenio N° 102 de la OIT

El Convenio N° 102 de la OIT, sobre la Seguridad Social de 1952, cuya entrada en rigor fue el 27 de abril de 1955, establece en su parte IV, una serie de normas prestacionales mitigadoras de los efectos del desempleo.

En el citado contexto, el artículo 19 dispone: *“Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de desempleo, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte”*.

Así, en líneas generales, las normas de protección al desempleo aseguran el pago al trabajador de una suma de dinero dirigida a cubrir la contingencia en cuestión²⁹. La importancia de lo anterior es que dicho instrumento es

²⁷ Cfr. OIT. (2013). La Revista Internacional del Trabajo y la OIT fragmentos de su historia. Revista Internacional del Trabajo 132: 1-120.

²⁸ Artículo 12: *“Una parte de las sumas destinadas a la asistencia al desempleo debería ser invertida en facilitar el reingreso al trabajo de los desempleados, por ejemplo, mediante una enseñanza profesional o de otra índole, o en el pago de los gastos de transporte de los trabajadores que encuentren empleo en una región diferente de aquella donde residen”*.

²⁹ Aun cuando se trate de un tema que mezcla un elevado grado de tensión social en la actualidad, la doctrina laboralista ha alabado el sistema de seguridad en caso de desempleo, a través de expresiones como las que siguen: *“(…) con fecha 18 de abril del año 2000, el Gobierno envió al Parlamento un nuevo Mensaje (el N° 396-341), el que luego de un trámite de poco más de un año, se convirtió en la Ley N° 19.728 (D.O. 14.5.2001), mediante la cual se instauró el ‘Seguro de Desempleo’*

nomenclaturizado como “norma mínima” de protección de seguridad social, lo que establece un marco mínimo, valga la redundancia, de derechos sociales para el trabajador desempleado.

Entre nosotros, lo anterior involucra la interacción de todos los actores del campo laboral, es decir, trabajadores, empleadores y Estado. En efecto, a propósito del seguro de cesantía en nuestro ordenamiento jurídico, cabe señalar que en los contratos modelos de la regulación laboral, es decir, de carácter indefinido, tanto empleador como trabajador abonan al fondo del seguro de cesantía del trabajador, de manera mensual, mediante el aporte del empleador y descuento de las remuneraciones del trabajador, respectivamente. Sin embargo, debe precisarse que, en la hipótesis de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, el empleador tiene derecho a deducir del finiquito sus aportes al seguro de cesantía del trabajador, tal y como prescribe el inciso 2º del artículo 13 de la Ley Nº 19.728, que Establece un Seguro de Desempleo, publicada en el Diario Oficial, el 14 de mayo de 2001, que dispone:

“Se imputará a esta prestación la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador más su rentabilidad, deducidos los costos de administración que correspondan, con cargo a las cuales el asegurado pueda hacer retiros en la forma que señala el artículo 15”.

o ‘Seguro de Cesantía’ (ambas voces son empleadas en el texto, pero se le conoce habitualmente bajo la segunda).

A no dudar, creemos que se puede afirmar que esta ha sido la innovación institucional más relevante en la Seguridad Social chilena desde la creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y de las Instituciones de Salud Previsional (Isapres); la originalidad de su diseño, las innovaciones en su mecánica de financiamiento, y la estructura de sus prestaciones bastan por sí solas para atribuirle dicho carácter.

La misma OIT ha señalado al efecto que ‘Chile ha introducido una nueva legislación que podría liderar una nueva generación de reformas en materia de seguros de desempleo’, quizá teniendo a la vista los graves problemas que han tenido en el mundo los sistemas tradicionales que tratan de hacer frente a este problema’. HUMERES NOGUER, H. (2010). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 421.

Volveremos sobre este punto en el capítulo II, puesto que el efecto compensatorio de la indemnización por años de servicio respecto del seguro de cesantía es, precisamente, uno de los que se ha limitado en sede jurisdiccional.

Con todo, debe tenerse presente que el incumplimiento del empleador en torno a la obligación de enterar el porcentaje correspondiente al fondo de cesantía, además de la sanción de nulidad de despido prevista en el artículo 162 del Código del Trabajo, se devengan efectos no deseados en torno a la cobertura de la contingencia de cesantía para el trabajador³⁰.

Finalmente, resta advertir que el Convenio N° 102 no ha sido ratificado por Chile.

2.2.2 Convenio N° 158 de la OIT

El presente instrumento (no ratificado por Chile)³¹, del año 1982, se adoptó en la 68ª reunión de la OIT en Ginebra, con la finalidad de establecer directivas para los

³⁰ En este sentido, véase en L.A.O.M con I. Municipalidad de Tomé (2016): Juzgado de Letras de Tomé, Sentencia ROL N° T-1-2016, de 5 de diciembre de 2016 (procedimiento de tutela de derechos fundamentales), considerando primero.

³¹ Aun cuando el Convenio N° 158 de la OIT, no ha sido ratificado por nuestro Estado, lo cierto es que es recurrentemente citado por la jurisprudencia de nuestros tribunales, principalmente como fuente del derecho a la indemnidad del trabajador. En este sentido, Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia ROL N° 109-2016, de 3 de noviembre de 2016 (recurso de nulidad), considerando quinto, que sentencia: *“Que la doctrina ius laboralista y el derecho comparado pueden ser útiles en la determinación del concepto. Habida cuenta que dicha garantía es nueva en nuestra legislación. La garantía en comento sólo fue introducida a través de una indicación en el parlamento y no aparece en el mensaje de la ley. Así, el Convenio 158 de la OIT, que si bien no se encuentra ratificado por Chile sirve de referencia. En su artículo 5, dispone: Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: (a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; (b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; (c) Presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; (d) La raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; (e) La ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad. Por su parte la doctrina está conteste en que el Derecho del Trabajo regula una relación de poder compleja y dinámica, ya que le confiere potestades de mando y de dirección a una persona sobre la vida de otro,*

Estados en torno a los sistemas internos de terminación de la relación laboral, estableciendo en su artículo 4° la necesidad de justificación del despido, en los siguientes términos:

“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

Lo anterior resulta de total trascendencia para la interpretación de las normas que habilitan al empleador para justificar el despido en causales económicas, tales como las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Tal y como ha previsto la OIT, los Estados de distintas latitudes comprenden sistemas de estabilidad laboral que sólo validan el despido cuando concurren las causales legales previstas por el propio legislador³².

En suma, resulta evidente que las restricciones impuestas en torno al despido sin causa, constituye un mecanismo, más o menos eficiente de protección en contra el desempleo, en la medida en que se alza como un contra-estímulo al ejercicio

poniendo al trabajador que se encuentra en situación de dependencia respecto a quien le provee el sustento material en una situación de desmedro. Esta dependencia del trabajador va más allá de una simple relación contractual. Esta situación especial de subordinación y dependencia constituye un marco propio para la aparición de situaciones de represalia cuando el empresario utiliza de forma desviada su poder de dirección y su posición de superioridad para perjudicar al trabajador que hubiera presentado alguna reclamación en su contra. Las vías de utilizar en forma desviada el poder de mando y con ello perjudicar a un trabajador son variadas y de todo orden, económicas, morales etc.”.

³² *“Del examen se desprende claramente que en la gran mayoría de los países se exige fundamentar el despido en una causa justificada. Los cinco países que no exigen una causa justificada son Austria (salvo en caso del despido inmediato), Estados Unidos, Georgia, Japón y Zambia. Aun así, todos estos países, sin excepción, prevén garantías contra el despido abusivo y el despido improcedente. Casi la mitad de los países comprendidos en el examen están incorporando en su legislación nacional todos los motivos injustificados de despido previsto en el artículo 5 del Convenio. En los otros, para proteger a los trabajadores contra los despidos abusivos o los despidos improcedentes se aplican las disposiciones que prohíben la discriminación en el empleo”.* OIT. (2009). Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo, p. 19.

abusivo de la facultad de despido del empleador, en beneplácito de la conservación del empleo del trabajador.

2.2.3 Convenio N° 168 del a OIT

El 17 de octubre de 1991 entró en rigor el Convenio N° 168 de la OIT, sobre el Fomento del Empleo y Protección contra el Desempleo, reconoce expresamente los influjos que introducen los factores económicos en la reglamentación laboral o, al menos teóricamente, que debieran introducir, a modo de constatación de la necesidad de adaptación del Derecho Laboral a los devenires del mercado. En tal sentido, expresaba:

“Reconociendo que las políticas que fomentan un crecimiento económico estable sostenido y no inflacionario, una respuesta flexible al cambio y la creación y promoción de todas las formas de empleo productivo y libremente elegido, incluidas las pequeñas empresas, las cooperativas, el empleo por cuenta propia y las iniciativas locales en favor del empleo, incluso mediante la redistribución de los recursos actualmente consagrados a la financiación de actividades puramente asistenciales, en beneficio de actividades susceptibles de promover el empleo, principalmente la orientación, la formación y la readaptación profesionales, ofrecen la mejor protección contra los efectos nefastos del desempleo involuntario; que no obstante el desempleo involuntario existe y que es importante, por consiguiente, que los sistemas de seguridad social brinden una ayuda al empleo y un apoyo económico a las personas desempleadas por razones involuntarias”.

En el mismo sentido, el artículo 2° prescribe:

“Todo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para coordinar su régimen de protección contra el desempleo y su política de empleo. A tal fin deberá procurar que su sistema de protección contra el desempleo y en particular las modalidades de indemnización del desempleo, contribuyan al fomento del pleno empleo, productivo y libremente elegido, y no tengan por efecto disuadir a los empleadores de ofrecer un empleo productivo ni a los trabajadores de buscarlo”.

En el marco de nuestra legislación, debemos advertir la ineficacia del sistema indemnizatorio en torno a los objetivos planteados por la OIT en el referido Convenio, en la medida en que, en términos de funcionalidad de las normas protectoras (v.gr. artículo 163 del Código del Trabajo), los empleadores prefieren ofrecer y suscribir contratos a plazo o por obra o faena, en pos de evitar el pago de indemnizaciones por años de servicio.

Por otra parte, constituye a la vez, un desincentivo a la contratación típica del Derecho del Trabajo (contratos indefinidos), la ineficacia práctica de la causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, el carácter casi inalcanzable de la justificación de su procedencia ante nuestros tribunales, so pena, de la imposición de los efectos pecuniarios previstos en el artículo 168 del Código del ramo, respecto del empleador. Volveremos sobre este punto en el capítulo siguiente.

En los acápites siguientes analizaremos las herramientas particulares que pretenden la protección al desempleo.

3. Mecanismos de protección contra del desempleo

3.1 Sistema indemnizatorio

Los efectos indemnizatorios devengados a propósito de la pérdida del empleo, constituye irrefutablemente, una forma eficiente de desincentivar el despido. Empero, desde ya debemos prevenir que la extensión de la indemnización dependerá, en sistemas como el nuestro, de la causal de despido particular que invoque el empleador. Así lo ha sentenciado la Corte Suprema:

“El legislador laboral establece en forma diferenciada, mirando al modo de desvinculación, sanciones para el empleador que ha separado al trabajador sin causa legal, o mediante la invocación indebida, injustificada o improcedente de las causales que pasa a señalar, determinando en función de las señaladas hipótesis el quantum del incremento de la indemnización por años de servicio, aumento que guarda relación con el nivel de reproche que se formula al demandado. Resulta evidente que es diverso el incremento si el término del vínculo se ha producido sin esgrimir causa; o si invocándola, ella es de aquéllas que contempla el artículo 159, 160 o 161, situaciones éstas en las que la señalada separación es susceptible de ser calificada como indebida, improcedente o injustificada”³³.

Desde una perspectiva panorámica, es preciso señalar que los sistemas jurídico-laborales que no consagran la libertad de despido como en el sistema anglosajón³⁴, establecen efectos resarcitorios al despido injustificado, arbitrario o

³³ F.V.R. con Entel P.C.S. Comunicaciones S.A. (2010): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 3135-2010, de 10 de agosto de 2010 (casación en el fondo), considerando sexto.

³⁴ Cfr. FERREIRA POZZI, J. (2016). Despido abusivo: ¿cómo influye en la indemnización por despido?. Revista Mondaq Business Briefing (2016): 1-4.

ilegal³⁵, con la finalidad de compensar la pérdida de bienestar incoada a propósito del despido, tanto en términos morales como patrimoniales. De igual forma, la doctrina especializada ha puntualizado el rol de seguro de desempleo que desempeñan las indemnizaciones por despido, en la medida en que se dirigen, en gran medida, a financiar el periodo de desempleo³⁶.

El efecto indemnizatorio aludido es, según la dogmática laboral, el único mecanismo de protección general contra el despido con que cuenta el trabajador³⁷.

El sistema laboral chileno, inserto en la mencionada tradición indemnizatoria, prevé un régimen de tripartito de reparación por término de la relación laboral. Tal y como ha explicitado la profesora Irene Rojas Miño³⁸, nuestra legislación comprende los siguientes ámbitos: indemnización por despido específico e indemnización por despido injustificado³⁹.

³⁵ La realidad mexicana impone el deber de pagar tres meses y medio de salario, en el caso de despido injustificado, además de salarios caídos y de indemnizaciones por años de servicio. En España cuarenta y cinco días de salario por año de servicio hasta un tope máximo de cuarenta y dos mensualidades. Véase en Diccionario Laboral. Con conceptos laborales de la legislación mexicana, española y estadounidense. (2013). *Indemnización por despido*. Coyoacán, Raúl Juárez Carro Editorial, p. 74.

³⁶ SAAVEDRA CHANDUVÍ, J. et al. (2000). *Estabilidad laboral e indemnización: efecto de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano*. Lima: Consorcio de Investigación Económica.

³⁷ ROJAS MINO, I. (2014). La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido. *Revista Ius et Praxis* 20(1): p. 92.

³⁸ Op. cit. p. 91.

³⁹ La autora en comentario incluye, además, la indemnización por lesión de derechos fundamentales. Sin embargo, no incluiremos en nuestro estudio la indemnización por dicho concepto, toda vez que responda a una finalidad distinta de la que interesa a nuestra investigación. En otros términos, claramente la indemnización por lesión de derechos fundamentales tiene, netamente, un fin resarcitorio del daño que el empleador ha provocado en los derechos fundamentales (específicos e inespecíficos contenidos en el artículo 485 de la ley laboral), más no un objeto protectorio en contra al desempleo. Por lo demás, lo anterior puede acarrear la nulidad del despido.

3.1.1 Indemnización por despido específico

Con esta denominación se hace referencia a las indemnizaciones procedentes por aplicación de la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o por desahucio, ambas contenidas en el artículo 161 del Código del Trabajo. Así, el artículo 163 del mismo cuerpo normativo, dispone:

“Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente.

A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración”⁴⁰.

Creemos que la precitada indemnización constituye un mecanismo de protección al desempleo, desde las siguientes perspectivas.

⁴⁰ Cabe hacer presente que las indemnizaciones por años de servicio legales y convencionales no pueden ser acumuladas. Es decir, sólo procede el pago de una u otra, aplicando la regla del artículo 163 del Código del ramo. Sobre la correcta lectura de lo preceptuado en el artículo 176 del mismo cuerpo legal, véase a HUMERES NOGUER, H. (2003). Corte Suprema, 12 de agosto de 2003. Vargas Álvarez, Claudio con Sociedad Industrial Panificadora y Comercial. El 25 Limitada (casación en el fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (2): 114-118.

Primero, es aplicable a las relaciones laborales que han estado vigente un año o más. Lo anterior implica que el legislador concede el derecho indemnizatorio a aquel trabajador que ha alcanzado cierta estabilidad fáctica en el empleo.

Desde una segunda perspectiva, dicha indemnización puede beneficiar incluso a trabajadores –con calidades especiales– respecto de los cuales no se ha configurado una relación indefinida de trabajo. En efecto, el artículo 159 N° 5, prescribe:

“Tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, la duración del contrato no podrá exceder de dos años”.

De lo anterior se desprende que en el caso de los gerentes y profesionales o técnicos la autonomía de la voluntad de las partes para determinar la duración de los contratos a plazo, se ve restringida en la medida en que la duración de la convención laboral no puede exceder los dos años. Evidentemente las partes podrán acordar una duración inferior, pero nos parece relevante puntualizar que, mientras a los trabajadores no mencionados en el inciso transcrito no les corresponderá jamás indemnización por años de servicio si su contrato de trabajo es a plazo, respecto de las categorías de trabajadores señalados (gerentes, profesionales o técnicos) puede devengarse el derecho a indemnización por años de servicios, aun cuando su relación de trabajo esté sujeta a un plazo, pues basta con que el contrato a plazo original se haya convenido durante más de un año.

Aparentemente el legislador ha privilegiado la estabilidad laboral en trabajadores con cierto grado de preparación. Es así como lo ha entendido la Comisión Trabajo y Equidad (2008), que expresó “(...) *las indemnizaciones por años de servicio (...) además protegen en mayor medida a los trabajadores menos*

vulnerables, que duran más en el empleo y que trabajan en empresas que las puedan financiar". Por otra parte, si bien, en muchos casos los trabajadores sujetos a la regla de los contratos a plazo no superiores a dos años, serán aquellos que puedan ser despedidos mediante la decisión unilateral del empleador o desahucio, lo cierto es que lo anterior es compensado con la indemnización por años de servicio cuando su contrato ha estado vigente por más de un año, según dispone el artículo 163 ya mencionado.

Por otra parte, tanto en el despido por necesidades de la empresa, como en el caso del desahucio procede la indemnización sustitutiva del aviso previa, cuando el empleador no de aviso al trabajador del término del contrato con treinta días de antelación (artículos 161 inciso segundo y artículo 162 inciso 4°, ambos del Código del Trabajo).

La *ratio legis* armónica con la protección contra el desempleo salta a la vista. El plazo de treinta días de aviso del término del contrato permitirá al trabajador buscar otro empleo en el intertanto. Si no existe dicha comunicación, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización correspondiente a la remuneración devengada en igual periodo para paliar los efectos del desempleo y de la falta de ingresos mientras busca empleo, bajo dicho límite. Así lo ha declarado la Corte Suprema, al señalar lo que sigue:

*"La indemnización sustitutiva del aviso previo tiene por objeto resarcir la pérdida abrupta de la fuente de trabajo y procurar que el trabajador disponga de un lapso prudencial para conseguir una nueva fuente de ingresos"*⁴¹.

⁴¹ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 927-2001, de 12 de julio de 2001 (recurso de casación en el fondo), considerando décimo.

Ahora bien, existe una indemnización adicional cuando el contrato por obra o faena se termina de forma anticipada. La doctrina jurisprudencial ha concluido en la procedencia de la indemnización por lucro cesante, constituida por el total de las remuneraciones a que el trabajador habría tenido derecho hasta el término del contrato o de la obra o faena para la cual estuvo contratado. Como ha señalado la jurisprudencia, este derecho está en los principios que informan el Derecho del Trabajo, en cuanto se trata de remuneraciones dejadas de percibir ilegítimamente, pues es de la esencia del contrato de naturaleza laboral, el pago de la remuneración convenida⁴².

3.1.2. Indemnización por despido injustificado

Además de la procedencia particular de la indemnización por años de servicio y sustitutiva del aviso previo cuando se aplica directamente alguna de las causales previstas en el artículo 161, la declaración de despido injustificado respecto de las demás causales de despido (artículos 159 y 160 del Código del ramo) hace procedentes las mismas indemnizaciones (sustitutivas del aviso previo y por años de servicio), cuando el trabajador cuyo contrato termine por las causales referidas, o, lógicamente, por alguna de las contenidas en el artículo 161, recurre a la jurisdicción laboral por considerar que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal.

Así, el artículo 168 del Código del ramo, establece en lo que a nuestro estudio interesa, lo siguiente:

⁴² Estos son los términos utilizados por la Corte de Apelaciones de Concepción, en Sentencia ROL N° 30-2016, de 11 de abril de 2016 (recurso de nulidad), considerando quinto.

“El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. En este caso, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161;*
- b) En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término;*
- c) En un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160.*

Si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, se incrementará en un cien por ciento.

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

causal, y habrá derecho a los incrementos legales que corresponda en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores”.

El legislador laboral ha limitado la posibilidad de incrementar los resarcimientos a que da lugar la declaración de despido injustificado, indebido o improcedente, sólo a la indemnización por años de servicio, mas no a la indemnización sustitutiva del aviso previo, en atención a la fórmula gramatical empleada “aumentada esta última”, en clara y excluyente referencia a la compensación por tiempo servido⁴³.

Las presentes indemnizaciones, como mecanismo de protección contra el desempleo, implican que el empleador deba reparar al trabajador, cuando pone término al contrato de trabajo sin causa que lo fundamente⁴⁴.

3.2 Seguridad social

El instrumento utilizado por la rama de la seguridad social para paliar los efectos del desempleo es el seguro de cesantía.

⁴³ En este sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema, en Sentencia ROL N° 3800-2010, de 22 de septiembre de 2010 (recurso de casación en el fondo), considerando séptimo.

⁴⁴ El precisado carácter resarcitorio de la indemnización por años de servicio, ha sido subrayado por la jurisprudencia nacional, de la siguiente forma: “*La indemnización por años de servicios, es una retribución nace a la vida del derecho y, por lo tanto, queda en condiciones de incorporarse al patrimonio del trabajador, solo una vez que ha ocurrido el hecho del despido o terminación del respectivo contrato. Incluso, no cualquier despido o terminación da lugar a ella, sino que exclusivamente aquél que deriva de las causales que han sido preestablecidas legalmente. Es decir, es indudable que el uno genera a la otra, circunstancia que obedece a la intención del legislador de proteger la estabilidad en el empleo y resarcir al trabajador que ha perdido su fuente ingresos en forma injustificada, improcedente o ilegal. Aun cuando es cierto que la ley atiende en la materia, al tiempo servido por el trabajador y al monto de su última remuneración, la indemnización de que se trata constituye un instituto creado por la ley, pero que dice directa relación con un despido determinado, que se concibe con ocasión de este hecho, en términos que los factores ‘años de servicio’ y ‘última remuneración’ no tienen más alcance que el de determinar procedencia y cuantía*”. Corte Suprema, Sentencia ROL N° 3803-2000, de 28 de noviembre de 2000 (recurso de casación en el fondo), considerando quinto.

La doctrina especializada ha definido el sistema del seguro al desempleo como *“el cobro de una prima a trabajadores o empresas, y paga un beneficio predefinido una vez que el trabajador está desempleado. Lo crucial es que la empresa no paga un costo al momento de despedir a un trabajador, por lo que se distorsiona el margen de despido de la empresa”*⁴⁵.

El seguro de cesantía fue incorporado al campo de la protección contra el desempleo, entre nosotros, el 30 de abril de 2001, mediante la entrada en vigencia de la Ley N° 19.728, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que estableció un seguro de desempleo, beneficio de los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo.

Según el artículo 5° de la ley en comento, el sistema de seguro de cesantía tiene un financiamiento mixto, de la forma que sigue:

“El Seguro se financiará con las siguientes cotizaciones:

a) Un 0,6% de las remuneraciones imponibles, de cargo del trabajador con contrato de duración indefinida.

b) Un 2,4% de las remuneraciones imponibles, en el caso de los trabajadores con contrato de duración indefinida y un 3% de las remuneraciones imponibles para los trabajadores con contrato a plazo fijo, o por obra, trabajo o servicio determinado. Ambos, de cargo del empleador.

c) Un aporte del Estado que ascenderá anualmente a un total de 225.792 unidades tributarias mensuales, las que se enterarán en 12 cuotas mensuales de 18.816 unidades tributarias mensuales”.

⁴⁵ COWAN, K. (2007). ¿Estabilidad del empleo o del ingreso? Análisis del sistema de protección contra el desempleo en Chile. Revista Estudios Públicos (105): p. 196.

Tal y como señalamos, la protección contra el desempleo, en el presente supuesto, se evidencia a raíz de la convergencia de aportes en la cobertura de la contingencia despido. Sin embargo, en caso de los aportes enterados por el empleador, según prevé el artículo 13 de la Ley N°, en casos de despidos por necesidades de la empresa o por desahucio, éste tiene derecho a imputarlos a la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía. Lo anterior significa que el mecanismo de protección contra el desempleo que es de cargo del empleador es, realmente, la indemnización por años de servicio.

Ahora bien, si el empleador no entera los porcentajes señalados en el mencionado artículo 5°, el despido puede ser declarado nulo, por aplicación de lo preceptuado en el artículo 162 del Código del Trabajo. En tal sentido se ha pronunciado nuestra máxima judicatura, al señalar:

“Que, en consecuencia, habiéndose establecido en la sentencia impugnada que la empresa demandada, a la fecha del despido, no enteró de manera íntegra la totalidad de las cotizaciones correspondientes al seguro de cesantía, por haberla cotizado sobre la base de una remuneración inferior a la que correspondía, los jueces del grado debieron aplicar la sanción del inciso 7° del referido artículo 162, esto es, condenarla al pago de las remuneraciones y demás prestaciones desde la fecha del despido hasta la de la convalidación, en tanto no concurre ninguno de los presupuestos que el legislador prevé para su exención”⁴⁶.

⁴⁶ J.T.A.G. con Promotora CMR Falabella S.A. (2016): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 31166-2016, de 19 de diciembre de 2016 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando sexto.

3.3 Reintegro

El reintegro constituye un fenómeno que, con mayor o menor amplitud según las leyes laborales, protege al trabajador contra el desempleo, en la medida en que, ante el despido, debe ser reintegrado a su trabajo, sea por ejercer un derecho de opción que le permite elegir entre recibir una indemnización u optar por la reintegración, o bien, por ser ordenada judicialmente.

Este mecanismo no se ha establecido en nuestro ordenamiento jurídico-laboral de forma generalizada, sino que procede sólo en los supuestos previstos por el legislador.

En el citado orden de ideas, el legislador establece la tutela contra el desempleo, mediante la no-autorización del despido, aun por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, respecto de los trabajadores con fuero. En efecto, el reintegro aparece, en este aspecto, pretendido por la intención legislativa de proteger a los trabajadores que pueden ser despedidos por causas ajenas a las previstas por la ley, simplemente porque la mantención de sus puestos de trabajo resulta incómoda o más onerosa para el empleador.

De allí que el artículo 292 del Código del Trabajo, establece como efecto de las prácticas antisindicales del empleador y, ante el despido por motivos del ejercicio de la libertad sindical del trabajador amparado con fuero⁴⁷, la declaración judicial de reintegro del trabajador a sus labores y el pago de las remuneraciones y demás prestaciones derivadas de la relación laboral durante el período comprendido entre la fecha del despido y aquella en que se materialice la reincorporación, todo ello, bajo

⁴⁷ *“El fuero sindical es una norma tutelar de tal actividad y, consecuentemente, de su libertad, por lo que constituye un estado de excepción, un privilegio que ampara no sólo a quienes representan a la organización sindical sino que se extiende también, por causa sindical, a otras situaciones, como por ejemplo, a los que acudieron al acto constitución de la organización, a los que fueron candidatos para su directiva y a todos los dependientes de la empresa respectiva durante la negociación colectiva”.* .P.R. y P.C.J. con STP Santiago S.A. (2010): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 5162-2010, de 3 de noviembre de 2010 (recurso de casación en el fondo), considerando noveno.

apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. Asimismo, el inciso 7° del antedicho precepto, lo siguiente:

“Para los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso precedente, el tribunal señalará en la resolución que decreta la reincorporación el día y la hora en que ésta se deberá cumplir y el funcionario que la practicará, pudiendo encargar dicha diligencia a un funcionario de la Inspección del Trabajo designado por ésta. Asimismo, dispondrá que se acredite dentro de los cinco días siguientes a la reincorporación el pago de las remuneraciones y demás prestaciones adeudadas, aplicándose a este respecto la forma de establecer las remuneraciones a que se refiere el artículo 71.

En caso de negativa del empleador a dar cumplimiento cabal a la orden de reincorporación o ante una nueva separación o no pago oportuno y debido de las remuneraciones y demás prestaciones laborales, el tribunal, de oficio, hará efectivos los apercibimientos con que se hubiese decretado la medida de reincorporación, sin perjuicio de sustituir o repetir el apremio hasta obtener el cumplimiento íntegro de la medida decretada.

Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno”.

El fundamento de la norma transcrita es el repudio del legislador (también del constituyente, artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República), a la represión del ejercicio legítimo de la libertad sindical.

De igual forma, el artículo 174 prescribe la posibilidad judicial de ordenar la reincorporación de los trabajadores sujetos a fuero laboral, en el siguiente orden de ideas:

“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”.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que lo anterior no constituye un efectivo reintegro como respuesta al despido, dado que el despido respecto de los trabajadores con fuero, sólo es válido si es autorizado judicialmente.

Por otra parte, cuando el juez declare que el despido ha sido discriminatorio, en el marco del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, y sea, además, calificado como grave, la ley otorga al trabajador el derecho de opción entre la reincorporación y las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicio (artículo 488 inciso 4° del Código del Trabajo).

En este punto resulta preciso advertir que el reintegro no es un efecto que sea posible derivar de la declaración de despido injustificado, habida consideración de que el legislador de nuestro Derecho del Trabajo, prescribe otro tipo de sanción a tal constatación de fraude a la ley laboral. Sin embargo, lo anterior ha tenido que ser aclarado por nuestros tribunales, a modo de sentenciar la exclusión del reintegro en los casos no contemplados en el sistema normativo-laboral. De allí que la Corte Suprema, sentenció en fallo de casación, en el año 2004, lo siguiente:

“(...) no es procedente en derecho el solicitar el reintegro a sus labores de un trabajador despedido con infracción a lo dispuesto por el artículo 162 del Código del Trabajo, ya que la sanción prescrita por el inciso séptimo de dicha norma no puede confundirse con el efecto del artículo 174 del

*citado cuerpo legal, que establece la forma de poner término a la vinculación laboral de los trabajadores amparados por fuero laboral*⁴⁸.

4. Estabilidad en el empleo y la relación laboral modelo

El derecho a la estabilidad en el empleo se presenta como una forma de salvaguardar al trabajador ante el despido, pero también, como un modo de protegerlo en contra del desempleo. En otros términos, constituyen caras de la misma moneda. Es así como la doctrina comparada⁴⁹ ha señalado la bi-funcionalidad de la estabilidad en materia laboral: por una parte, permite al trabajador conservar su empleo y, por la otra, protege sus derechos ante el despido, entre los cuales cabe mencionar los derechos indemnizatorios por término de contrato.

De allí que la profesora I. Rojas Miño sea de la opinión que, la eliminación de las indemnizaciones por causa de despido, constituyen instrumentos de estabilidad laboral de carácter universal⁵⁰.

Por otra parte, la estabilidad laboral propugnada por las normas laborales, ergo, las indemnizaciones que persiguen la protección contra el desempleo, sólo se encuentran establecidas a favor de las relaciones laborales que el Derecho del Trabajo ha considerado ideales en su configuración, es decir, aquellas provenientes de contratos de trabajo de carácter indefinido. Esto porque en torno a las relaciones de trabajo transitorias o temporales (contratos de trabajo a plazo no superiores a un

⁴⁸ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 350-2003, de 8 de marzo de 2014 (recurso de casación en el fondo), considerando segundo. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 17-20.

⁴⁹ TREJO SÁNCHEZ, K. (2011). Estabilidad en el empleo y despido individual en la legislación mexicana. Revista El Cotidiano (170): 79-87.

⁵⁰ ROJAS MIÑO, I. (2014). Op. cit. p. 93.

año y en los contratos por obra o faena) no procede la indemnización por años de servicios ni la sustitutiva del aviso previo⁵¹.

En suma, el contrato de trabajo de duración indefinida constituye la preferencia del Derecho Laboral⁵², en razón de las siguientes justificaciones.

a) Axiológicamente, el contrato de trabajo de duración indefinida tiene, per se, mayores posibilidades de perdurar en el tiempo.

b) A diferencia de los contratos de trabajo, cuya terminación se sujeta a la concurrencia de alguna modalidad (v.gr. plazo en los contratos a plazo y condición en los contratos por obra o faena), los de vigencia indefinida, trae aparejada una indemnización en caso de término.

c) En los contratos laborales indefinidos, lo que determina, programáticamente, su vigencia, es la duración del trabajo y no la voluntad de las partes.

En otros términos, el Derecho del Trabajo concibe la estabilidad laboral como uno de sus fines y sobre su base se construye la teoría normativa y dogmática de su contenido, arrinconando al despido como un poder limitado del empleador. En el citado orden de ideas, el Convenio N° 158 de la OIT, prevé en su artículo 2.3, la necesidad de que los Estados adopten medidas para mitigar el fenómeno de la contratación de duración determinada y para limitarlo sólo a los casos en que a causa de la índole del trabajo que haya de realizarse, a causa de las condiciones en que deba realizarse o en razón de los intereses del trabajador, la relación de trabajo no pueda ser de duración indeterminada.

⁵¹ En la misma línea, Corte Suprema, Sentencia ROL N° 2946-2009, de 24 de junio de 2009 (recurso de casación en el fondo), considerando primero, que sentencia: “Según la jurisprudencia y la doctrina, el legislador, amparando la estabilidad, ha dispuesto causales de caducidad del pacto laboral de carácter objetivo y otras de naturaleza subjetiva, correspondiendo la de autos al primer tipo. La concurrencia del motivo determina el cese de los servicios, sin derecho a indemnización alguna”.

⁵² PLÁ RODRÍGUEZ, A. (2015). *Los principios del Derecho del Trabajo*. 4ª Edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 201.

Lo anterior sienta sus bases en un criterio de normalidad acorde a la permanencia de la actividad empresarial⁵³. En la misma línea argumental, la OIT ha señalado que los Estados “*deberían adoptar medidas encaminadas a hacer estable el empleo de los trabajadores en las empresas*”⁵⁴, adicionando que, la estabilidad en el empleo importa protección del trabajador contra el despido arbitrario. En otros términos, mientras dure la vida laboral del trabajador, éste conserva su derecho de permanecer en su empleo, sin que pueda privársele del referido derecho, salvo que concurra a su respecto una causal que justifique el despido y que esté autorizada por el ordenamiento jurídico-laboral.

4.1 Principio de estabilidad laboral

El principio de estabilidad laboral, a modo de tecnificación del ideal de estabilidad en el empleo, vislumbra el despido como una figura anómala dentro de las relaciones laborales⁵⁵.

Los modelos de estabilidad laboral se clasifican según la procedencia de la terminación del contrato de trabajo por causas justificadas. En este orden de ideas, las relaciones de trabajo pueden regirse por principios de estabilidad absoluta o relativa. El primero, implica la improcedencia de la terminación del trabajo por despido. El segundo, concibe la terminación por despido sólo cuando la relación de trabajo se ve afectada por la concurrencia de una causal legal preestablecida, el empleador la invoca y cumple con los demás requisitos legales (v.gr. pre-aviso, pago de las cotizaciones previsionales, etc.).

⁵³ En este sentido, véase a BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2015). *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*. Lima: Palestra Editores, p. 124.

⁵⁴ OIT. (1946). Tercera Conferencia Regional Americana. En: Ciclo Internacional de Relaciones de Trabajo, Montevideo, del 8 al 12 de noviembre de 1960, p. 3 y 5.

⁵⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, A. (2015). Op. cit. p. 212.

Nuestro sistema se rige por el principio de estabilidad laboral relativa⁵⁶, lo que significa que los poderes empresariales (derivados del poder de dirección y de disciplina) en lo que respecta al despido, se encuentran siempre sujetos a revisión judicial cuando el trabajador reclame de su aplicación, según establece el artículo 168 del Código del Trabajo.

En este sentido, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha expresado:

“El poder de mando del empleador se ejerce plenamente, pero debe quedar sujeto a la posterior revisión jurisdiccional, siempre en aras de la protección que naturalmente inspiran las instituciones del derecho laboral”⁵⁷.

Hacia la misma dirección apunta la jurisprudencia de los jueces del fondo, a propósito de la extensión del principio de estabilidad laboral que rige en nuestro ordenamiento jurídico, expresando que la estabilidad en el empleo y, particularmente, su recepción expresa en nuestro Código del Trabajo, es indicativa de que es éste el criterio que inspira la legislación laboral en la materia y se traduce en un sistema en que el trabajador tiene derecho a permanecer indefinidamente en el empleo, hasta tanto no se configure una justa causal de terminación del contrato de trabajo, de manera que si se lo despide al margen de dicho sistema de justificación, tiene derecho a las indemnizaciones correspondientes⁵⁸.

⁵⁶ En el Código del Trabajo, la estabilidad en el empleo está anunciada en el epígrafe del Título V del Libro I, en que se encuentra regulada la terminación del contrato de trabajo "De la terminación del contrato de trabajo y Estabilidad en el Empleo".

⁵⁷ Ríos Dulansky con Comercial Windsor Limitada (2010): Corte Suprema, Sentencia ROL N° 5429-2010, de 23 de noviembre de 2010 (recurso de casación en el fondo), considerando séptimo.

⁵⁸ Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, Sentencia ROL N° O-625-2015, de 1 de junio de 2016.

4.2 Principio de continuidad laboral

Uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo es el de la continuidad de la relación laboral, que se manifiesta, entre otras nociones, en que en presencia de una sucesión de contratos de duración determinada debe tenderse a concluir que se trata de un contrato de duración indeterminada, principio que aparece recogido en algunas de las situaciones contempladas en el artículo 159, N° 4, del Código del Trabajo.

En nuestro medio, no resulta admisible que la estabilidad en el empleo pueda dejar de ser respetada, mediante las aludidas figuras de celebraciones sucesivas de contratos y finiquitos, sin perjuicio de la aparición y proliferación de formas atípicas de prestación de servicios, contratos de corta duración para obras o servicios determinados, etc., dado que, en las situaciones normales de los contratos de trabajo debe configurarse la estabilidad, que es consubstancial con el carácter indefinido de dichos contratos y que responde al carácter protector del Derecho del Trabajo”⁵⁹.

En este orden de cosas, el legislador laboral –siempre en aras de la estabilidad relativa en el empleo–, ha consagrado situaciones específicas que denotan su rechazo a la transgresión de tal principio, como son las establecidas en el artículo 159 N° 4 del Código del ramo, incisos segundo y cuarto, en tanto contemplan presunciones que conducen a evitar la contratación de trabajadores, incluso en forma discontinua, con el objeto de eludir las responsabilidades del empleador al momento de la terminación de la relación laboral.

Por su parte, aun cuando en los contratos por obra o servicio determinado, el cuerpo legal referido no prevé, como en los a plazo, normas que regulen su transformación en pactos de duración indefinida, sin embargo, ello no obsta para que la interpretación legislativa pueda señalar los racionales límites temporales de las convenciones por obra o faena. Por lo tanto, resulta necesario concluir que las

⁵⁹ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 854-2002, de 18 de junio de 2002 (recurso de casación en el fondo), considerando séptimo.

actividades que pueden dar origen a que opere la causal del N° 5 del artículo 159 ya referido, deben ser necesariamente transitorias o de limitada duración, pues esta deducción es la que se aviene con la protección de estabilidad relativa que contempla nuestro Código del Trabajo⁶⁰.

5. Conclusiones

Cabe introducir, a modo preliminar, algunas ideas concluyentes en torno a los tópicos objeto de nuestro estudio.

En primer término, la protección del desempleo configura un margen amplio de tutela concedida al trabajador, a fin de equilibrar los poderes contractuales que convergen dentro de la relación laboral. Lo anterior, evidentemente, se traduce en mecanismos generales y específicos de protección.

Nos hacemos de la precedente nomenclatura, para efectos didácticos y con la finalidad de diferenciar los instrumentos que confluyen en el abanderamiento de la lucha contra el desempleo que persigue el Derecho del ramo. Esto, sin duda, porque los alcances de las medidas preventivas y mitigadoras de los efectos derivados del desempleo, nos servirán de base para determinar, a su vez, los alcances dogmáticos y jurisprudenciales que puede y ha alcanzado el principio de flexibilidad laboral, así como la validez de las cortapisas que nuestros tribunales han venido poniendo en la aplicación de la causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio.

⁶⁰ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 187-2008, de 16 de abril de 2008 (recurso de casación en el fondo), considerando cuarto.

En el citado orden de ideas, dentro de los primeros, es decir, dentro de los mecanismos generales de protección contra el desempleo, hallamos los siguientes:

a) Convenios y Recomendaciones de la OIT. Con prescindencia del requisito de ratificación de los Convenios (habida consideración de que nuestro país no ha ratificado importantes Convenios de la OIT, tales como el N° 102 sobre seguridad social, N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo y el N° 168, sobre el fomento del empleo y protección contra el desempleo), lo cierto es que las fuentes emanadas de la OIT constituyen orientaciones certeras para el juez laboral, razón por la cual son habitualmente citados en la fundamentación de sus sentencias⁶¹.

b) Principios basales de interpretación de las normas laborales. En esta categoría, incorporaremos los principios de estabilidad laboral y de continuidad en el empleo.

Ambos constituyen un apoyo infranqueable a la hermenéutica en las decisiones judiciales en el ámbito laboral, especialmente cuando los jueces califican de injustificado el despido de las relaciones laborales de duración definida (a plazo o por obra o faena)⁶², así como en la procedencia de la causal de despido por necesidades de la empresa.

En cuanto a los mecanismos de protección particular a través de los cuales se materializan aquellos que hemos denominado de “carácter general”, estudiamos la indemnización por término de contrato, el sistema de seguro de cesantía o desempleo y el fenómeno de reintegro, por lo que no volveremos sobre lo anotado.

⁶¹ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 5967-2013, de 5 de marzo de 2014; Corte Suprema, Sentencia ROL N° 33218-2016, de 21 de diciembre de 2016; a modo ejemplar, entre muchos fallos.

⁶² “Que en consecuencia, al encontrarnos frente a contratos de duración definida o a plazo fijo de carácter sucesivo, debe aplicarse el principio de continuidad y estabilidad laboral en beneficio de los trabajadores, siendo la intención del legislador lo que se manifiesta en el epígrafe del Título V del Libro I del Código del Trabajo, en que trata sobre ‘De la terminación del contrato de trabajo y Estabilidad en el Empleo’, por lo que la regla general con respecto a la vigencia de la relación contractual laboral, es que ella tenga el carácter de indefinida”. Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia ROL N° 3-2017, de 7 de febrero de 2017, considerando segundo.

CAPÍTULO SEGUNDO

CAUSAL DE DESPIDO DE NECESIDADES DE LA EMPRESA, ESTABLECIMIENTO O SERVICIO

1. Introducción

Clásicamente, el despido por necesidades de la empresa o por funcionamiento de la misma, ha sido examinada por los tratadistas bajo la óptica del peso que, respecto del trabajador, representa la admisión, o no, de la precitada causal de despido⁶³, en el marco de la estabilidad laboral y del bienestar social del trabajador.

En tal sentido, la dogmática jurídica señala que las denominadas “necesidades de la empresa”, que atienden a las exigencias del mercado, al desarrollo tecnológico de avance vertiginoso, a la pérdida de autonomía de la capacidad productiva de la empresa y al establecimiento de relaciones laborales triangulares, así como a los altos estándares de competitividad, resultan en una crisis, aún no acabada, en torno a la figura de la relación laboral de contenido estable y de duración indefinida⁶⁴.

Con todo, el clásico Derecho del Trabajo no puede caminar a ciegas en la ordenación de las relaciones laborales y mantener la rigidez de su objeto, esto es, la protección del trabajador, bajo todos los respectos, menos aun cuando aquello genera mayores desigualdades, más injusticias en la tutela jurídica que ambas partes de la relación de trabajo merecen y, paradójicamente, mayores tasas de desempleo, de estancamiento económico y menor eficiencia de las convenciones laborales de duración indefinida a las que apunta su salvaguardia normativa. De allí que resulte imperioso -sin perder de vista la tutela de los derechos del trabajador en el seno de la

⁶³ Así, por ejemplo, véase a TOVAR, J. (2013). Las causas de despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa. *Revista de Derecho Social, España*, (57): 145-164.

⁶⁴ THAYER ARTEAGA, W. (1994). Legislación laboral y su impacto en la productividad y calidad de vida. *Revista Chilena de Derecho* 21(1): p. 25.

empresa-, optimizar los factores que permiten una dinámica justa, retributiva y equilibrada de las relaciones en el empleo.

2. Causales económicas de despido

Los sistemas de terminación del contrato de trabajo influirán de manera sustancial en las perspectivas que se tengan acerca de la procedencia en torno al sometimiento del estatuto del Derecho del Trabajo a la revisión planteada por los cánones de la flexibilidad laboral.

A la vez, cabe apuntar que el sistema de terminación que presida las relaciones laborales, será manifestación concreta del modo en que el legislador particular ordenará la dinámica y el choque de intereses presentes en la convención del trabajo.

Así lo ha puntualizado la profesora I. Rojas Miño, a través de las siguientes explicaciones:

“El sistema de terminación del contrato de trabajo es una de las instituciones más relevantes en el Derecho del Trabajo y, ciertamente, en cualquier sistema de relaciones laborales. A la vez, su regulación constituye uno de los aspectos más discutidos, entre otras causas, por la divergencia de intereses que se plantea entre las partes de las relaciones laborales, empresarios y trabajadores: de una parte contar con la flexibilidad necesaria para gestionar la respectiva empresa y en ella el recurso humano, con la consiguiente demanda de libre despido y, de la

*otra, garantizar la requerida estabilidad laboral, protegiendo el puesto de trabajo en tanto no haya causa que fundamente el término del mismo*⁶⁵.

2.1 Valor económico del trabajo

El trabajo, desde su etapa germinal, es la base en torno a la cual se organiza todo orden social. En consecuencia, *“cualquier cambio en el orden laboral, genera cambios y modificaciones en la estructura global de la existencia humana*⁶⁶.

Desde una perspectiva afín, el trabajo incrementa el capital productivo circulante en las economías, incorporando valores agregados en las esferas doméstica, estatal, mercantil simple y capitalista⁶⁷.

De allí que los tratadistas, aun con resistencia, utilicen expresiones semejantes a las de “mercado de trabajo”. Lo anterior responde a un aspecto esencial del trabajo, en sí mismo considerado, cual es su valor económico.

“Teniendo en cuenta todo lo dicho, la aplicación de la teoría de la multi-regulación a la actividad laboral vendrá a decir lo siguiente: la actividad laboral, como cualquier tipo de actividad económica, se halla regulada por cuatro mecanismos básicos: reciprocidad, mercado, organización e intercambio político. Todos ellos actúan permanentemente y lo hacen de un modo articulado. En esta articulación unas veces tendrán más peso unos mecanismos y otras otros, dando lugar a configuraciones diversas en el funcionamiento concreto de la actividad laboral. No podrá hablarse de mercados institucionales o mercados internos o mercados del tipo que sea, sino de formas concretas de regulación en los que, además del mercado, inciden otros mecanismos reguladores y que es posible que lo

⁶⁵ En este sentido, ROJAS MIÑO, I. (2015). *Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, p. 376.

⁶⁶ LÓPEZ ONETO, M. (2014). La metamorfosis del trabajo: del trabajo al empleo. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 5(9): p. 144.

⁶⁷ Cfr. ENGUITA, M. (1985). El problema del trabajo productivo. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (30): 93-147.

*hagan con tanta fuerza que el mecanismo de regulación mercantil sea un componente con un peso*⁶⁸.

En efecto, desde la perspectiva del trabajador, el valor económico del trabajo aparece como indubitado, en la medida en que éste pone a disposición del empleador, su esfuerzo, con un fin próximo, cual es el de obtener a través de su trabajo, los medios materiales y económicos que necesita para subsistir⁶⁹.

En mérito de lo antes expuesto, debemos señalar que el trabajo no puede ser considerado una mercancía, lo que no obsta a reconocer que constituye la base para lograr un crecimiento económico sostenido (así como un desarrollo sostenible), puesto que configura el soporte de la dignidad humana y de su igualdad ante la sociedad. En tal sentido lo ha declarado el Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de Copenhague, párrafo 54-b).

Incluso es posible arribar al valor económico del trabajo desde la perspectiva de la reciprocidad y ajenidad de las relaciones laborales. Así, en el primer sentido, es dable argumentar en favor de la efectividad económica de las prestaciones pecuniarias a las cuales tiene derecho el trabajador como consecuencia de la prestación de sus servicios personales. Por ello el artículo 7º del Código del Trabajo expresa que el contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada⁷⁰.

⁶⁸ PRIETO RODRÍGUEZ, C. (1989). *¿Mercado de trabajo?*. Centro de Investigaciones Sociológicas (47): p. 190.

⁶⁹ ALONSO OLEA, M. (1981). *Introducción al Derecho del Trabajo*. 4ª Edición. Madrid: Editorial Edersa, p. 28.

⁷⁰ En tal sentido, cuando existe incumplimiento de una de las obligaciones recíprocas, desaparece la causa del cumplimiento de la otra. Así lo ha expresado nuestra Corte Suprema: "*La relación laboral, entonces, importa el cumplimiento de obligaciones recíprocas, por lo que el trabajador debe prestar sus servicios y a su turno, el empleador queda obligado a pagar la remuneración. De esta manera, en virtud del principio retributivo que informa el derecho laboral, la bilateralidad de los contratos y la teoría del enriquecimiento sin causa, el actor no pudo quedar liberado de prestar servicios.*"

De perogrullo, la reciprocidad patrimonial⁷¹ nace de la propia naturaleza jurídica de la convención laboral, es decir, de su carácter bilateral⁷² e implica que el trabajo tenga una traducción pecuniaria para el trabajador⁷³.

Desde otra perspectiva, bien decíamos que el trabajo tiene asignado un valor económico desde el plano de la ajenidad como característica de las relaciones de trabajo. En el citado orden de ideas, la ajenidad representa la exterioridad del riesgo de la actividad productiva para el trabajador. Así las cosas, el principio de ajenidad del contrato de trabajo se caracteriza porque el resultado, el fruto y el riesgo de la gestión laboral se radican en la empresa, no en el trabajador⁷⁴.

Con todo, de acuerdo a las ideas antes expuestas la ajenidad se descompone en un aspecto económico bidimensional, estrechamente vinculado con la flexibilidad laboral.

En primer término, el trabajador es ajeno a los frutos derivados de la actividad productiva dentro de la cual se encuadra su trabajo. Dichos frutos pertenecen al empleador. Lo anterior deriva del asentamiento de una premisa básica en las relaciones laborales, esto es, quien trabaja lo hace por cuenta de otro, haciéndose ajenos los frutos de su trabajo⁷⁵. Por tanto, el trabajador es considerado un agente

Que, la conclusión anterior se ve reforzada a la luz de lo que prescribe el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, conforme al cual se entiende por remuneración el estipendio fijo, en dinero, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios siendo, a este respecto, elemento esencial de todo contrato de trabajo la reciprocidad entre la obligación del trabajador de prestar servicios personales y la obligación del empleador de pagar la remuneración correspondiente. Se trata pues de 'una obligación en vinculación bilateral con prestaciones correlativas o sinalagmáticas', lo que da garantía a ambas partes y hace que la retribución se pague por trabajo ejecutado". Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4893-2009 (recurso de casación en el fondo), considerando octavo.

⁷¹ Utilizamos esta expresión puesto que tanto la obligación remuneratoria como la de prestación de servicios derivan del contenido patrimonial del contrato de trabajo. En el mismo sentido, véase a Corte Suprema, Sentencia ROL N° 33.781-1995, de 17 de diciembre de 1996. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (3): 145-148.

⁷² Cfr. FIGUEROA YÁÑEZ, G. (2011). *Curso de Derecho Civil*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 99 y s.s.

⁷³ En el mismo sentido, MONTEIRO PESSOA, R. (2013). EL interés económico de las partes y el incumplimiento contractual. Revista de Derechos Fundamentales (10): p. 87.

⁷⁴ Así se ha fallado. Véase en Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia ROL N° 112-2016, de 10 de noviembre de 2016 (recurso de nulidad), considerando décimo cuarto.

⁷⁵ La misma opinión en Departamento de Estudios de la Corporación de Asistencia Judicial. (2012). Boletín Laboral (1): p. 5.

esencial en la producción económica de una empresa; la fuerza de trabajo, a su vez, es la condición fundamental de la producción en toda sociedad⁷⁶.

En suma, los frutos, entendidos como todo resultado del trabajo productivo del hombre, intelectual o manual⁷⁷, conlleva necesariamente a que el trabajador no conserve la titularidad, ni siquiera en el momento de su producción, sino que se transfieren inmediatamente al empleador⁷⁸.

Sin embargo, la nota económica extrapolada por la ajenidad en las relaciones de trabajo no se agota en los frutos del trabajo, sino que, por el contrario, se extiende hacia la ajenidad del riesgo de la actividad laborativa. Y esto es de suma importancia, en razón de la vinculación que identificamos entre el paradigma de la ajenidad del riesgo y la flexibilidad laboral.

En este orden de ideas, ajenidad en los riesgos significa que la contraprestación económica de los servicios del trabajador no está ligada a los resultados de la gestión empresarial⁷⁹. En otros términos, las fluctuaciones de ganancias o pérdidas (riesgos empresariales) los debe soportar (o gozar cuando hay ganancias) el empleador, por lo que no pueden ser cargas del trabajador⁸⁰.

⁷⁶ Así lo establece el Diccionario de Economía Política de Borisov, Zhamin y Makárova. (2009). México D.F.: Editorial Grijalbo

⁷⁷ Cierta doctrina ha extremado posiciones, aludiendo a la “ajenidad del mercado”, sosteniendo que los trabajadores son ajenos a éste, dado que no son ellos quienes ponen a disposición de los consumidores, los bienes y servicios devengados a partir de su trabajo. En este sentido, véase a ALARCÓN CARCUEL, M. (1986). La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. Revista Española de Derecho del Trabajo (28): pp. 495 y s.s.

⁷⁸ CAAMAÑO ROJO, E. (2004). La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del Derecho del Trabajo. Revista Laboral Chilena, Parte I: 61-72.

⁷⁹ En este sentido, Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, Sentencia ROL N° O-136-2015, de 24 de julio de 2015 (procedimiento ordinario por despido indirecto, nulidad del despido y cobro de prestaciones), considerando décimo tercero. En el mismo sentido, UGARTE CATALDO, J.L. (2005). La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo. Gaceta Laboral 11(1): 23-50.

⁸⁰ De allí que nuestros tribunales hayan sentenciado: “*Así las cosas, las relaciones comerciales que tiene un empleador con terceros - en el caso sub judice: con el banco BCI - no puede condicionar la estabilidad en el empleo de los trabajadores, ya que una interpretación contraria importaría que el vaivén de las actividades comerciales, y particularmente las pérdidas y/o decisiones de administración empresarial (buenas o malas) serían asumidas, en sus costos, por los trabajadores, quienes no participan en dichas decisiones, afectándose el referido principio de ajenidad de los riesgos*”

Sin perjuicio de lo anterior, en mérito del rigor del análisis que suscita el tópico de la ajenidad, resulta imperioso distinguir en torno al carácter de las contingencias económicas que la empresa no puede traspasar al trabajador en virtud del principio de ajenidad de los riesgos.

Esto porque a través de un análisis jurisprudencial es posible arribar a la conclusión de que las dificultades económicas *transitorias* no pueden perjudicar los derechos de los trabajadores, así como tampoco operan como justificantes del incumplimiento de las obligaciones que el contrato de trabajo impone el empleador.

Así, en recurso de unificación de jurisprudencia deducida por una trabajadora-bibliotecaria, en el año 2014, que no había recibido el pago de sus remuneraciones, así como tampoco el entero de sus aportes previsionales, producto del mal estado económico de la demandada. La Corte Suprema, acoge el recurso, aduciendo reiteradamente que los riesgos de la empresa son propios del empleador, agregando que “(...) *los problemas de liquidez económica de la empresa, no pueden ser considerados porque de acuerdo al principio de ajenidad de los riesgos, los problemas económicos transitorios que afecten al empleador no pueden perjudicar al trabajador que ha desempeñado sus funciones conforme al contrato de trabajo*”⁸¹.

A contrario sensu, cuando los problemas económicos de una empresa, cuando no son transitorios, abren el portal de la aplicación de causales de despido económico. El resultado en todo caso, apunta hacia la configuración de causales objetivas, graves y permanentes. Así fue resuelto por el Juzgado de Letras del Trabajo, en sentencia del año 2015, a propósito de la procedencia de la causal de despido de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, expresando:

empresariales”. Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Sentencia ROL N° O-621-2016, de 25 de octubre de 2016 (procedimiento de aplicación general por nulidad del despido, despido improcedente y por cobro de prestaciones laborales), considerando primero.

⁸¹ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 3668-2014, de 27 de noviembre de 2014 (recurso de unificación de jurisprudencia), considerando cuarto.

*“A este respecto, la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ha establecido que ‘El artículo 161 del Código del ramo, esto es «necesidades de la empresa establecimiento o servicio», es de carácter objetiva, independiente de la voluntad de las partes y dice relación exclusivamente con circunstancias que rodean la actividad económica de que se trata. Los casos contemplados en la ley apuntan a circunstancias económicas o tecnológicas. Para su configuración es necesario que las circunstancias no emanen de la sola voluntad o responsabilidad de la empresa, de modo que éstas deben ser objetivas, graves y permanentes. **Los problemas económicos de la empresa no deben ser transitorios y subsanables**”⁸².*

Más aún, este criterio se ratifica por las I. Cortes de Apelaciones al conocer otros Recursos de Nulidad Laborales hasta la dictación de la Ley 19.759 en de octubre de 2001, el artículo 161 del Código del Trabajo contemplaba la hipótesis de falta de adecuación laboral o técnica como uno de los casos en que podía aplicarse el término de la relación laboral por necesidades de la empresa, pero ella fue derogada precisamente por la ley ya citada, de manera que a partir de esa fecha la causal en comento reviste un carácter objetivo, y no puede ser extendida a situaciones que estén relacionadas con el cometido laboral del trabajador, específicamente con el cumplimiento de metas, pues el bajo rendimiento laboral importa un hecho subjetivo, que no puede ser atribuido sólo al trabajador, existiendo otros factores externos que podrían afectar su desempeño y que no son de su responsabilidad”⁸³.

⁸² El destacado es nuestro.

⁸³ Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Sentencia ROL N° O-335-2014, de 7 de abril de 2015 (procedimiento de aplicación general de calificación de despido y cobro de prestaciones), considerando primero.

De este modo, el empresario, al crear una organización de medios personales, materiales e inmateriales, para el logro de fines de distinta índole, crea también la contingencia y puede ser responsable de ella, aun cuando no medie culpa de su parte. Dicha responsabilidad asume diversas formas, según sea el contenido de la obligación que se mantiene vigente, por ejemplo, pago íntegro de la remuneración, aporte previsional, respeto al principio de estabilidad relativa del empleo, etc.⁸⁴. Sin embargo, la protección de la empresa impone el deber de otorgarle las herramientas legales necesarias para mitigar los problemas económicos objetivos, graves y permanentes.

3. La empresa y su protección

Desde una perspectiva epistemológica, la Real Academia Española de la Lengua ha definido a la empresa como una *“unidad organizativa y autónoma dedicada a la producción de bienes o al mantenimiento o prestación de ciertos servicios, dirigidos al consumo de la comunidad, y en cuyo seno se desarrollan las relaciones laborales, y con una finalidad lucrativa, ya sea económica o moral, pudiendo gozar o no de personalidad jurídica propia según los casos”*⁸⁵.

Ahora bien, a propósito de la noción jurídico-laboral de empresa, el artículo 3° del Código del Trabajo dispone:

“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”.

⁸⁴ En sentido similar, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Sentencia ROL N° O-1022-2015, de 27 de abril de 2016 (procedimiento de aplicación general por despido improcedente y cobro de prestaciones), considerando séptimo.

⁸⁵ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. (2014). Vigésimo Tercera Edición.

En términos generales, la empresa ha sido concebida como una unidad económica y orgánica, noción que gira en torno a la actividad del empresario⁸⁶.

Ahora bien, la concepción legal de empresa que nos entrega el artículo 3° referido, comprende dos aspectos esenciales en el entendimiento de las relaciones derivadas del ámbito empresarial. En un primer sentido, considera las relaciones de la empresa en el plano externo, en virtud del cual se sitúa en un contexto nacional, el que a su vez se inserta en un marco internacional.

Por otra parte, desde una perspectiva interna, los factores externos redundan en sus actividades funcionales (v.gr. operaciones intelectuales o físicas mediante las cuales el producto o servicio avanza desde su creación hasta su término), así como en los recursos financieros (permiten iniciar, mantener y mejorar la actividad funcional) y en el elemento humano (personal que ejecuta, planifica y controla las actividades de la empresa)⁸⁷.

En razón de lo expuesto, a la empresa como entidad estructural, se le reconocen ciertos alcances institucionales, en la medida en que cumple un rol fundamental en la sociedad. En este orden de ideas, la noción de empresa hace converger una serie de elementos patrimoniales, de trabajo e institucionalistas, a saber:

a) Organización de medios personales, materiales e inmateriales. Existe un factor patrimonialista en la referencia legislativa a los “medios materiales”; un factor de trabajo cuando se refiere a los “medios inmateriales” y un factor institucional al aludir a la “organización”.

⁸⁶ Cfr. SANDOVAL LÓPEZ, R. (2009). *Derecho Comercial*. Tomo I, Vol. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 78.

⁸⁷ Cfr. HUMERES NOGUER, H. (2010). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 16.

b) Ordenadas bajo una dirección común. Existe un factor institucional.

c) Para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada. De nuevo, existe aquí mixtura de factores distintivos, así patrimoniales e institucionales⁸⁸.

Cabe agregar, además, una aclaración que parece fundamental en el desarrollo de nuestro estudio. En términos legales, la empresa difiere del empleador o empresario; el mismo artículo 3° los define como cuestiones distintas. Así las cosas, el empleador es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo. En cambio, la empresa es la *organización* ordenada bajo la dirección de un empleador, por lo que tanto el trabajador como el empleador forman parte de la empresa como institución.

A mayor abundamiento, el término “empresario” no constituye más que una personificación de la organización empresarial, empero, empresario y empleador no son términos sinónimos, habida consideración de que una persona natural puede contratar los servicios personales subordinados de otra, sin requerir para ello la configuración de una empresa⁸⁹.

Sin perjuicio de la precitada aclaración, para efectos de nuestro estudio asimilaremos al empleador y al empresario dado el objeto de nuestra investigación, cual es el de arribar a la aplicabilidad de la flexibilidad laboral en el marco de la procedencia de la causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio.

⁸⁸ Comparte nuestra opinión, LÓPEZ ONETO, M. (2013). *El principio de protección a la fuente de empleo en Chile*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, p. 206.

⁸⁹ En el mismo sentido, véase a THAYER ARÉVALO, W. y NOVOA FUENZALIDA, P. (2008). *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo II. 5ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 84.

3.1 Protección constitucional

Asumida entonces la convergencia patrimonial e institucional en torno a la noción de empresa, resta analizar el alcance de la tutela constitucional de la organización empresarial.

Parece apropiado tener presente que la protección constitucional a la empresa se inserta dentro del denominado Orden Público Económico, definido como *“el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”*⁹⁰.

En tal entendido, la Constitución Política protege a la empresa desde las perspectivas de la libertad económica o de emprendimiento (artículo 19 N° 21 inciso 1°); del principio de subsidiariedad económica del Estado (artículo 19 N° 21 inciso 2°); del derecho de propiedad (artículo 19 N° 24); y del principio de no discriminación arbitraria del Estado y sus organismos en materia económica (artículo 19 N° 22).

Sin embargo, nuestro estudio se inserta en el marco de las relaciones laborales, razón por la cual resulta preciso profundizar sobre las garantías constitucionales de la empresa desde la perspectiva del Orden Público Laboral, que disciplina la libertad económica de la empresa y la libertad de contratación, en vinculación directa con la actividad laboral del empresario, titular de las facultades de dirección, organización y disciplina empresarial⁹¹, faceta esta última en donde se

⁹⁰ FERNANDOIS VÖHRINGER, A. (2000). El orden público económico bajo la Constitución de 1980. Revista Ius Publicum (4): p. 76.

⁹¹ Cfr. IRURETA URIARTE, P. (2013). El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa. Revista Estudios Constitucionales 11(2): p. 371.

enmarcan las causales de despido, así como las condiciones para poner término a las relaciones de trabajo. Así se ha fallado⁹².

3.1.1 Derecho a desarrollar cualquier actividad económica

En clave constitucional, la profesora A. Vivanco, define la libertad económica como “(...) *la facultad natural de los hombres de ser agentes decisorios y responsables en materias de producción y distribución de la riqueza. Se pretende que el hombre, como ser inteligente y responsable de sus actos, pueda participar y tomar decisiones con la menor cantidad de trabas y obstáculos posibles en las distintas etapas del ciclo económico en general*”⁹³.

La Carta Fundamental del 80’ asegura en el artículo 19 N° 21, el derecho de todas las personas a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales

⁹² “Como lo ha dicho esta Corte en otras oportunidades, si bien en materia laboral, por el carácter protector de sus normas, la autonomía de la voluntad se ve restringida por la primacía de ciertos principios que informan aquella, tendientes siempre a reestablecer el desequilibrio natural existente entre el trabajador y su empleador contratantes, ello no impide que las partes, voluntariamente, determinen en la convención respectiva la mayor importancia que pueda revestir el cumplimiento de algunas obligaciones. Tales acuerdos, sin embargo, no pueden privar a las partes de derechos que el legislador establece en su favor o modificar aspectos que han sido sustraídos del ámbito de la libertad contractual, pues conforman materias de orden público laboral, como lo son las causales de despido y las condiciones para poner término a la relación del trabajo. De esta manera, aun cuando los suscriptores del contrato colectivo hayan establecido un procedimiento especial para que la empleadora pueda invocar la causal de despido de falta de probidad y que, según afirma el trabajador, la demandada no había observado, ello no puede importar una causal de nulidad de la sentencia desde que es el legislador quien, privativamente, regula dichos aspectos y la justificación legal de la exoneración a través de la aplicación de dichas reglas, es una tarea que el tribunal competente llamado a resolver la controversia, debe efectuar, soberanamente”. Corte Suprema, Sentencia ROL N° 1472-2008, de 18 de junio de 2008 (recurso de casación en el fondo), considerando décimo primero.

⁹³ VIVANCO MARTÍNEZ, A. (2006). *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Tomo II. 2ª Edición ampliada. Santiago: Ediciones Universidad Católica, p. 480.

que la regulen. La precitada disposición aparece como una materialización de la libertad personal y del principio de subsidiariedad estatal⁹⁴.

Somos de la opinión de que la garantía contenida en el numeral 21 del artículo 19 del Código Político no es un derecho que compete al empresario, sino que se trata de una garantía establecida en favor de la empresa vista como el resultado del ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica⁹⁵.

Ahora bien, la libertad de emprendimiento⁹⁶ se encuentra limitada por las normas legales, dentro de los cuales cabe considerar aquellas que configuran el Orden Público Laboral mediante disposiciones de carácter irrenunciable (así lo dispone el artículo 5° del Código del Trabajo en relación a los derechos fundamentales de los trabajadores, mientras el contrato de trabajo se encuentre vigente). De allí que la doctrina especializada haya apuntado:

“Las limitaciones que el Código del Trabajo impone a la libertad empresarial, en cuanto a que, si esta genera fáctica y jurídicamente el ente empresa, para fines laborales y previsionales, son una demostración de la función social que se le asigna a aquella”⁹⁷.

⁹⁴ Así se dejó constancia en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesiones 384, 388, 389, 393 y 398. En la primera de ellas, señalaba el fiscal del Banco Central: *“Expone que el primero de dichos principios es el de libertad económica, el cual se traduce en consagrar constitucionalmente la libertad de producción, la libertad de comercio y la libertad de trabajo o profesional. En este contexto, dice, se estima necesario disponer que la ley sólo podrá establecer restricciones a la actividad productiva o comercial y siempre que se trate de regulaciones objetivas de policía, de sanidad, etcétera. Indica que aquí cabe tomar en consideración también el denominado libre intercambio comercial, tanto interno como externo, o sea, la facultad de comerciar libremente dentro del país y con el exterior. Advierte que los impuestos o aranceles que graven a este intercambio comercial en ningún caso deberán alcanzar un monto que los torne prohibitivos, sea de la actividad comercial interna, sea de la importación o exportación”*. Cfr. Actas de la Comisión Ortúzar, Tomo XI, Sesión 384^a, celebrada el 14 de junio de 1978, p. 268.

⁹⁵ En el mismo sentido, LÓPEZ ONETO, M. (2013). Op. cit. p. 229.

⁹⁶ La anterior expresión corresponde a la nomenclatura utilizada por la dogmática jurídica. En tal sentido, véase a MOLINA GUAITA, H. (2011). *Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot, p. 240.

⁹⁷ Op. cit. p. 230.

Por tanto, el Orden Público Económico debe ser aprehendido como un conjunto de libertades personales para intervenir en la economía, de manera tal que el derecho en comento es, en realidad, la suma reforzada de otros derechos en esta área de la actividad humana. En efecto, tal y como ha señalado la doctrina, su contenido es amplísimo e indefinido –“cualquiera actividad económica”–, pero se concreta al interior del mercado, en esa libertad para ofrecer o intercambiar bienes o servicios a cambio de un precio⁹⁸.

La protección constitucional en comento, con que se beneficia el empresario, abarca todas y cada una de las dimensiones de la actividad empresarial. Es importante destacar la necesidad de vislumbrar la precitada libertad desde una vereda subjetiva, que se centre en el aspecto libertario de los derechos económicos⁹⁹, más que en la noción objetiva que tiene por contenido de la libertad en comento, la prohibición del Estado para desarrollar las actividades económicas que pueden ser explotadas por los privados¹⁰⁰.

3.1.2 Libertad de contratación

Inserto en el Orden Público Laboral aparece la libertad de contratación contenida en el inciso 1° y 2° (primera parte) del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. La norma referida señala que la Constitución asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección. Y agrega, toda persona tiene derecho a la libre contratación.

La dogmática jurídica no ha mostrado interés por desarrollar la precitada garantía desde la perspectiva de la organización empresarial, sino que, por el

⁹⁸ BRONFMAN, A. et al. (2012). *Constitución Política comentada. Parte dogmática. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot, p. 362.

⁹⁹ FERNANDOIS VÖHRINGER, A. (2011). *Derecho Constitucional Económico*. Tomo II. Santiago: Ediciones Universidad Católica, p. 323.

¹⁰⁰ ALVEAR TÉLLEZ, J. (2015). Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica. Un paradigma a desarrollar. *Revista Estudios Constitucionales* 13(1): p. 330.

contrario, invariablemente ha examinado su contenido a la luz de la figura del trabajador. Sin embargo, la lectura sesgada a la que aludimos, tiene un defecto de base. Esto porque ya desde la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se dejó constancia de que la libertad de trabajo era una garantía establecida en beneficio de ambas partes de la relación laboral.

Así las cosas, la libertad de trabajo tiene una doble faz. Por un lado, implica que a nadie le será impuesto un trabajo y por el otro, que *“a nadie le será impuesto un trabajador”*¹⁰¹. En efecto, desde la perspectiva de la empresa, debe tenerse presente el alcance de la libertad de trabajo en la cual se ampara.

El empresario-empleador, como titular de los poderes de dirección, organización y disciplina dentro de la empresa, se encuentra facultado para elegir de manera individual a los integrantes del capital humano empresarial, con la única limitante de no incurrir en discriminación arbitraria en dicho proceso de selección. Dentro de esta órbita, la libertad de trabajo del empresario se localiza en la etapa germinal de la relación laboral.

Luego, el empresario-empleador tiene el poder de decidir sobre la permanencia de los trabajadores al interior de la empresa, sujeto empero a las limitaciones legales, iusfundamentales y a aquellas derivadas del sistema de estabilidad laboral. Se trata, por tanto, de la manifestación del poder disciplinario del empleador.

De allí que el profesor C. Palavecino haya precisado:

“Pese al consenso dogmático y jurisprudencial que ha generado esta forma de interpretar ‘la libertad de trabajo y su protección’, no debiera tan fácilmente descartarse que el mandato de protección pudiera estar dirigido más bien a favor de la libertad de trabajo antes que en su contra, sobre

¹⁰¹ Actas Oficiales de la Comisión Ortúzar. (1976). Sesión 199, pp. 13-17. En idéntico sentido lo ha puntualizado EVANS DE LA CUADRA, E. (1986). *Los derechos constitucionales*. Santiago: Editorial Jurídica, p. 232.

todo si se tienen en cuenta que la Constitución de 1980 vino precisamente a instaurar un nuevo paradigma de orden público económico, donde la libertad es el gran bien jurídico a proteger. El mandato al legislador sería no el de abolir o limitar severamente la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones laborales, sino todo lo contrario, el de arbitrar los medios concretos para que la promesa de libertad tenga efectiva vigencia en el plano de la realidad. Lo cual sería congruente además con la ratio legis de la legislación sobre la materia inmediatamente anterior a la Constitución conocida como 'Plan Laboral', la cual vino a modificar radicalmente el modelo normativo de las relaciones laborales que instauró el Código del Trabajo de 1931, dando un giro hacia su desregulación y flexibilización"¹⁰².

Con todo, es indudable que el ejercicio de la libertad de trabajo del empresario, estará siempre sujeta a una eventual revisión judicial, en aras de la tutela jurisdiccional de los derechos de los trabajadores que pueden verse lesionados (v.gr. a través del procedimiento de aplicación general al que alude el artículo 168 del Código del Trabajo cuando ve el trabajador considera que el despido ha sido injusto, indebido o improcedente, así como a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales del artículo 485 del mismo cuerpo legal), sin embargo, dicha revisión judicial no puede desconocer las contingencias a las cuales se ve expuesta la relación laboral, es decir, los problemas económicos objetivos, graves y permanentes de la empresa, así como las garantías constitucionales que protegen a la organización empresarial.

Finalmente, resta adherir a la reflexión del profesor M. López, quien da cuenta del carácter de cuerpo intermedio de la empresa, en la medida en que la propia Carta Fundamental reconoce que se trata de una organización (así lo hace en el artículo 19

¹⁰² PALAVECINO CÁCERES, C. (2013). Comentario sobre el fallo del Tribunal Constitucional sobre los tiempos de espera. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 4(7): p. 302.

N° 9, N° 18 inciso 3°, N° 16 y N° 21), por lo que está llamada a contribuir a la integración armónica de todos los sectores de la comunidad nacional¹⁰³ (artículo 1° inciso 4° de la Constitución Política de la República). En el mismo sentido, T. Ribera ha señalado:

*“Este reconocimiento expreso de la empresa como entidad jurídica destinada a realizar actividades económicas, hace que la misma esté especialmente protegida constitucionalmente, tanto por ser un cuerpo intermedio como por el hecho de ejercer ella, por esencia, el derecho consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución”*¹⁰⁴.

3.2 Protección legal

Además del reconocimiento legal de la empresa en su artículo 3°, el Código del Trabajo establece otras varias disposiciones protectoras de la empresa. En el citado contexto, el artículo 12 del referido cuerpo normativo es, quizás, una de las manifestaciones más visibles de la admisión legislativa de la tutela empresarial en el contexto de una economía dinámica que condiciona la necesidad de adaptación de la relación laboral a las contingencias del mercado.

En este orden de ideas, el artículo 12 del Código del Trabajo, dispone en sus incisos 1° y 2°, lo que sigue:

“El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de

¹⁰³ LÓPEZ ONETO, M. (2013). Op. cit. p. 233.

¹⁰⁴ RIBERA NEUMANN, T. (2006). La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo. Sentencias Destacadas 2006. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, p. 280.

labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos”.

La importancia de la institución en comento radica en su carácter excepcional dadas las orientaciones impuestas por el Derecho del Trabajo. Lo anterior porque la normativa tutelar de las relaciones laborales apunta hacia la bilateralidad de la convención de trabajo, así como a la indisponibilidad de los derechos de los trabajadores. Sin embargo, la facultad del *ius variandi* “*representa una situación excepcional que sólo puede ser utilizada por el empleador dentro de sus potestades de dirección de su empresa y, por ello se restringe a alteraciones o modificaciones que no importen un menoscabo para el trabajador*”¹⁰⁵.

Por lo demás, el *ius variandi* corresponde a una manifestación de tutela legal empresarial, en la medida en que el legislador le otorga al empresario-empleador el poder de direccionar algunas circunstancias de la relación laboral en aras de atender las necesidades impuestas por el funcionamiento de la empresa.

Desde otro punto de vista, constituye salvaguardia a la empresa como fuente de empleo, las permisiones que el legislador entrega al empresario, en el marco de las jornadas de trabajo autorizadas por el artículo 22 del Código del Trabajo para excepcionarse de las limitaciones impuestas por la jornada ordinaria.

¹⁰⁵ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 7182-2008, de 26 de enero de 2009 (recurso de casación en el fondo), considerando quinto.

El artículo 22 prescribe:

“La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales.

Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento.

También quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras.

Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones.

La jornada de trabajo de los deportistas profesionales y de los trabajadores que desempeñan actividades conexas se organizará por el cuerpo técnico y la entidad deportiva profesional correspondiente, de acuerdo a la naturaleza de la actividad deportiva y a límites compatibles con la salud de los deportistas, y no les será aplicable lo establecido en el inciso primero de este artículo”.

De allí que la doctrina haya señalado que esta norma es una muestra evidente de la coordinación legal entre la protección de la empresa y la protección del trabajador¹⁰⁶.

A lo anterior se suman las normas que autorizan al empresario a extender la jornada de trabajo (artículos 24 y 29 del Código del Trabajo).

Con todo, no es sino el artículo 161 del Código del ramo, el que manifiesta con mayor refulgencia la protección legal de la empresa, a través del establecimiento de la causal de despido económica por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio. En el acápite siguiente avanzaremos hacia su desentrañamiento desde la óptica su eficacia y elementos configurativos.

4. Necesidades de la empresa, establecimiento o servicio

4.1 Historia de su establecimiento en Chile

A partir de la vigencia del Código del Trabajo de 1931 (D.F.L N° 178, del Ministerio de Bienestar Social, de 28 de mayo de 1931) y hasta 1966, regía un sistema de libre despido. La mencionada normativa diferenciaba, respecto de las causales de término de contrato, según fuera la categoría de trabajador. Así las cosas, distinguía entre obreros, quienes realizaban labores mayoritariamente físicas, y empleados, quienes desarrollaban funciones preminentemente intelectuales.

Así las cosas, el artículo 10 del precitado cuerpo normativo establecía para el caso de los obreros, lo siguiente:

¹⁰⁶ LÓPEZ ONETO, M. (2013). Op. cit. p. 248.

“Cualquiera de las partes podrá poner término al contrato cuando lo estime conveniente, pero dando a la otra un aviso con seis días de anticipación o abonándole una suma de dinero equivalente al salario de seis días de trabajo”.

Por su parte, para el caso de los empleados, el empleador podía poner término al contrato de trabajo a través del desahucio, dando aviso con un mes de anticipación según establecía el artículo 166.

Con todo, existía la posibilidad de despedir al trabajador sin previo aviso y sin pago de indemnizaciones, si se invocaba una causal legal.

Resulta importante destacar que el Código del ramo de 1931 contemplaba el requerimiento de contar con autorización ministerial en el caso de despidos de más de 10 trabajadores, en el marco de los despidos colectivos. En el mismo sentido el artículo 502 prescribía:

“En toda empresa, establecimiento o faena que registre más de diez obreros o empleados, no podrá interrumpirse intempestivamente el trabajo, ya sea de parte de los patrones o empleadores, ya de parte de los obreros o empleados, antes de que se hayan agotado los procedimientos de conciliación previstos en el presente Título”.

La causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio se introdujo por primera vez en nuestro orden jurídico laboral en el año 1966, mediante la Ley N° 16.455, que establecía Normas para la Terminación del Contrato de Trabajo, promulgada durante el mandato presidencial de E. Frei Montalva.

El artículo 1° de la citada legislación establecía que el empleador no podía poner término al contrato de trabajo, sino en virtud de causa justificada y el artículo 2° establecía, taxativamente, cuáles eran las causas justificadas para tal respecto, contemplando en su numeral 10°, la causal de *necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*.

En efecto, la entrada en vigencia de la Ley N° 16.455, mal publicitada como “ley de inamovilidad laboral”¹⁰⁷, impidió al empleador despedir sin causa justificada. El Mensaje Presidencial con que fue acompañada la tramitación de esta ley, dejó constancia de la importancia de la Recomendación N° 119 de la OIT sobre la Terminación de la Relación de Trabajo del año 1963, cuyo artículo 2(1), inserto en el Título III, denominado “Normas de Aplicación General”, establece:

“No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”.

En el título III, “Disposiciones complementarias sobre la reducción de personal”, el artículo 12 dispone:

“Todas las partes interesadas deberían emprender una acción positiva para prevenir o limitar en todo lo posible las reducciones de personal”.

¹⁰⁷ MIZALA, A. y ROMAGUERA, P. (2000). La legislación laboral y el mercado de trabajo en Chile: 1975-2000. Documentos de Trabajo, Serie Economía, Centro de Economía Aplicada de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Chile, p. 2. En el mismo sentido, al referirse a esta ley, la doctrina laboral clásica, sostiene: “Tuvo muchas críticas: se la mostró como una ley de inamovilidad y como tal los empresarios creían tener una obligación que la normativa no les imponía y los trabajadores estimaban tener un derecho del que carecían; pues era una ley de estabilidad con un fuerte sabor a estabilidad absoluta, pero en la práctica operó fundamentalmente con carácter indemnizatorio, por lo que la realidad hizo de ella una ley de estabilidad relativa”. THAYER ARÉVALO, W. y NOVOA FUENZALIDA, P. (2009). *Manual de Derecho del Trabajo. Tomo IV. Derecho Individual de Trabajo (Continuación) y Derecho Procesal del Trabajo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 91.

mediante la adopción de disposiciones apropiadas, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio”.

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

La importancia de la Ley N° 16.455, para efectos de nuestro estudio y, siguiendo los lineamientos impuestos por la Recomendación N° 119, ya citada, es que consideró los problemas económicos de la empresa, como una causal de despido justificado.

El profesor M. López, señala que las características introducidas por la precitada Ley, además de introducir la causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, son las siguientes¹⁰⁸:

- i. El despido sólo procedía mediante causa legal.
- ii. Ante el despido sin causa legal o injustificada, el trabajador podía reclamar ante la judicatura, quien podía ordenar el reintegro del trabajador o, en subsidio, condenar al empleador al pago de una indemnización mínima de un mes de

¹⁰⁸ LÓPEZ ONETO, M. (1999). Flexibilidad laboral chilena y principio de protección a la fuente de empleo. Algunas hipótesis. Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Aportes al Debate Laboral (8): p. 28.

remuneración por año de servicio, la que, a su vez, era compatible con las indemnizaciones establecidas en los convenios colectivos¹⁰⁹.

iii. Ciertos trabajadores podían ser despedidos mediante pre-aviso de 30 días de anticipación, mismo que podía ser substituido por el pago de 30 días de remuneración¹¹⁰.

iv. La ley establecía una serie de causales que eximían al empleador del pago de indemnización.

v. El marco de aplicación de esta ley, sólo se extendía a los casos de despido de menos de 10 trabajadores.

La vigencia de la Ley N° 16.455 se suspendió con el avenimiento del gobierno militar en el año 1973¹¹¹, y se estableció una nueva regulación contenida en el

¹⁰⁹ Artículo 8° de la Ley N° 16.455: *“Cuando el Juzgado resuelva que la terminación del contrato ha sido injustificada, ordenará, a petición de parte o de oficio, la inmediata reincorporación del trabajador a sus labores habituales, con derecho al pago de las remuneraciones correspondientes al período en que estuvo separado de sus funciones, considerándose como efectivamente trabajado para todos los efectos legales.*

Si el empleador se negare a reincorporar al trabajador dentro del plazo de dos días hábiles, el Juez fijará de oficio o a petición de parte y por vía incidental, la respectiva indemnización, la que no podrá ser inferior a un mes por año de servicio continuos o discontinuos prestados a la misma empresa y fracción no inferior a seis meses. Esta indemnización es sin perjuicio de cualesquier otros beneficios o indemnizaciones que las leyes o contratos otorguen al trabajador.

El empleador enterará, además, a la respectiva institución de previsión una suma equivalente a la totalidad de las cantidades que hubiere debido recibir el trabajador por subsidio de cesantía”.

¹¹⁰ Artículo 3° de la Ley N° 16.455: *“En los casos de empleados que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, agentes, apoderados y en el de los empleados domésticos, el empleador podrá poner término al contrato cuando lo estimare conveniente, dando a la otra un aviso con treinta días de anticipación o abonándole una cantidad equivalente a treinta días de remuneración.*

También podrá ponerse término al contrato del trabajador cuya antigüedad en la empresa, establecimiento, faena o servicio, sea inferior a seis meses, en cuyo caso el aviso o la indemnización será de treinta días.

También regirá la norma del inciso primero de este artículo tratándose de cargos o empleo de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tal emane de la naturaleza de los mismos.

En caso de dudas acerca de si el cargo o empleo es de exclusiva confianza del empleador, resolverá el Inspector del Trabajo, oyendo a los interesados y procediéndose, en lo demás, conforme a lo dispuesto en los artículos 2.o y 3.o de la ley N.o 14.972, 8.o de la ley N.o 15.358, y su reglamentación”.

¹¹¹ Cfr. Biblioteca Congreso Nacional. (s/a). Periodo 1973-1990. Régimen Militar. Historia Política [en línea] https://www.bcn.cl/historiapolitica/hitos_periodo/detalle_periodo.html?per=1973-1990 [consulta: 18 julio 2017].

Decreto Ley N° 2.200 de 1978, conocido como el “Plan Laboral”. En términos generales, la precitada normativa reestableció el desahucio, pero el despido tenía efectos indemnizatorios: el empleador debía abonar en tal caso una indemnización de un mes de remuneración por cada año de servicio (artículos 13, letra f), y 16), manteniendo vigente la legalidad pretérita para quienes a la fecha de su promulgación estaban ligados por contrato de trabajo¹¹², sin embargo, la Ley N° 18.018, de 14 de agosto de 1981, suprimió los efectos indemnizatorios del despido¹¹³.

Posteriormente, la Ley N° 18.372, del año 1984, estableció la obligatoriedad de una indemnización de 30 días de la última remuneración mensual por cada año de servicio, con el límite de 150 días de remuneración. Lo anterior tuvo como objeto relevar del acuerdo de las partes el importe indemnizatorio, “(...) *el que por hipótesis –y en muchas oportunidades así ocurrió– podía pactarse en \$ 1 (un peso)*”¹¹⁴.

Finalmente, la Ley N° 19.010 que “Establece Normas sobre Terminación del Contrato de Trabajo y Estabilidad en el Empleo”, de 29 de noviembre de 1990, reintrodujo la causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio que había sido suprimida durante el régimen militar.

En tal sentido, el inciso 1º del artículo 3º de la mencionada normativa, prescribía:

“Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en

¹¹² THAYER ARÉVALO, W. y NOVOA FUENZALIDA, P. (2009). Op. cit. p. 91.

¹¹³ “La indemnización sería la que las partes hubieran convenido individual o colectivamente, cualquiera que fuere su monto, y, a falta de pacto, consultó una indemnización de 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses con tope de 150 días”. *Ibidem*.

¹¹⁴ Op. cit. p. 92.

la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador”.

El Mensaje Presidencial N° 100 de la Ley N° 19.010 hizo constar, expresamente, la necesidad de equilibrar la protección del trabajador y estabilidad en sus empleos y la protección de la empresa, como fuente de empleo, preservando la flexibilidad que éstas requieren con la finalidad de elevar los niveles de inversión, expansión y modernización tecnológica¹¹⁵.

En el citado contexto, el referido Mensaje subraya la importancia del mecanismo de protección en contra el desempleo, consistente en un subsidio de cesantía, en los siguientes términos:

“Las sociedades más avanzadas y estables, han logrado reducir sustancialmente el drama familiar y social que supone la eventual pérdida de un trabajo productivo y adecuadamente remunerado, mediante políticas que no desincentivan el desarrollo y el crecimiento. En la mayoría de ellas se otorga una adecuada cobertura al riesgo de cesantía a través de onerosos sistemas de subsidio y seguridad social”.

De igual forma se señala que la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, aparece como un modo de eliminar la facultad discrecional del empleador para despedir al trabajador sin expresión de causa. A mayor abundamiento, la mencionada normativa eleva las indemnizaciones asociadas al despido, con la finalidad de incrementar el alcance protectorio de dicho mecanismo

¹¹⁵ Biblioteca Congreso Nacional. Mensaje Presidencial con el que se Inicia un Proyecto de Ley que Establece Nuevas Normas sobre Terminación del Contrato de Trabajo y Estabilidad en el Empleo. Historia de la Ley N° 19.010, p. 4.

de salvaguardia contra el desempleo, tal y como evidenciamos en el capítulo primero del presente estudio.

Con todo, la introducción de la causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, resulta de suma importancia en torno a la interpretación de la aplicabilidad de la causal objeto de nuestro estudio, en la medida en que aparece como respuesta a aquellos hechos que objetivamente pueden afectar la actividad de la empresa y hacer necesario el despido de uno o más trabajadores.

Estos hechos que justificarían los despidos son entre otros, la racionalización o modernización de las empresas, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador. La aplicación de esta causal por parte del empleador otorga al trabajador el derecho a una indemnización equivalente a un mes por cada año de servicio y fracción superior a seis meses¹¹⁶.

Los efectos derivados de la introducción de mecanismos de tutela laboral en contra del desempleo, en coordinación con la salvaguardia empresarial, asegura razonablemente “(...) *dentro de las actuales condiciones de desarrollo de nuestra sociedad, una mayor dignidad del trabajador y mejor protección para el evento de despido. Al mismo tiempo resguardan la necesaria flexibilidad y autonomía que debe tener la gestión empresarial, evitando mecanismos que impongan la inamovilidad, el reintegro obligatorio, o las autorizaciones previas para trabajadores sin fuero*”¹¹⁷.

A partir de lo expuesto hasta este punto, cabe resaltar que la *ratio legis* en torno a la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, fue precisamente, la de proteger al trabajador y a la fuente de empleo, es decir, a la

¹¹⁶ Op. cit. p. 6.

¹¹⁷ Op. cit. p. 5.

empresa, destrabando un marco de excesiva rigidez en cuanto al sistema de despido en nuestro país, en aras de una mayor flexibilidad laboral.

Las explicaciones que al respecto ha esgrimido la doctrina, son las siguientes:

“Para ello se construyó una norma jurídica que autoriza el despido en caso de necesidades de la empresa (protección fuente de empleo) con las respectivas indemnizaciones (protección trabajador). Cabe señalar que la sola circunstancia de creación de la causal legal cumple también un fin protectorio del trabajador, ya que evita el simple desahucio y contribuye a la generación del principio de estabilidad en el empleo”¹¹⁸.

La causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio fue introducida en términos similares a las planteadas por la ley N° 19.010. Sin embargo, la referencia a la justificación del despido en razón de la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador, fue suprimida por la Ley N° 19.759, publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 2001, y substituida por la siguiente: *“La eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168”*.

4.2 Tratamiento y eficacia jurisprudencial

La causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio se encuentra contenida en el artículo 161 del Código del Trabajo, y la redacción del inciso 1° de dicha norma, es la siguiente:

¹¹⁸ LÓPEZ ONETO, M. (2013). Op. cit. p. 262.

“Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores”.

Sin perjuicio de la autorización legal con que cuenta el empleador para hacer frente a la crisis empresarial en la citada disposición, los tribunales de justicia han restringido la procedencia de la causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, hasta llegar a anular su eficacia.

La precitada afirmación no deriva de un análisis jurisprudencial aislado, sino que, por el contrario, ha sido refrendado por estudios recientes. Así, un estudio realizado por el Observatorio Judicial, respaldado por el Instituto Libertad y Desarrollo, publicado en el diario de circulación nacional “El Mercurio” el 27 de agosto de 2017, incoado en juicios sobre despido injustificado por la causal objeto de nuestra investigación, dentro de los Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago y de la Corte de Apelaciones de Santiago durante el primer semestre del año 2016, concluyó que en el 90% de dichos juicios la procedencia de la causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio fue rechazado¹¹⁹.

El mencionado estudio fue publicado en la Serie Informe Justicia de la Fundación Libertad y Desarrollo, y expresa:

“La causal de despido por necesidades de la empresa es una de las principales herramientas otorgadas por el legislador para que el empleador

¹¹⁹ El Mercurio. (2017). Necesidades de la empresa: causal tendrá pronta interpretación de la Suprema. Economía y Negocios Online, 28 de agosto de 2017.

ajuste su personal a las condiciones cambiantes de la economía. En la práctica, sin embargo, los tribunales de justicia han imposibilitado el uso de esta causal por parte de los empleadores. Según veremos, durante el primer semestre de 2016, sólo el 9% de las sentencias dictadas por el Primer y el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, y la Corte de Apelaciones de Santiago, dieron la razón al empleador, declarando justificado el despido. Lo anterior se compara con el 30% de sentencias favorables al empleador tratándose de las otras causales de despido”¹²⁰.

La razón de estas cifras dice relación con la comprensión restrictiva que, casi invariablemente, ha venido sustentando nuestra judicatura, consistente en que toda reestructuración o reorganización decidida al interior de la empresa tenga que tener su causa en un factor externo a la propia voluntad de los dueños.

Este lineamiento jurisprudencial se ha reflejado en iniciativas legislativas. Así, con fecha 13 de junio de 2017 ingresó a tramitación un proyecto de ley, Boletín N° 11.274-13, por iniciativa del Diputado Marco Espinoza Monárdes, que se encuentra en primer trámite constitucional y que persigue modificar el artículo 161 del Código del Trabajo, en lo que a la causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio respecta. El contenido del precitado proyecto expresa lo que debe entenderse por dicha causal, señalando que se configurará por “(...) *motivos que van más allá de la voluntad unilateral y discrecional del empleador y que dicen relación con factores económicos y de mercado, que resulten perjudiciales para la empresa, o aquellos que derivados de la racionalización, necesaria modernización o bajas en la productividad de la misma, hacen inevitable la*

¹²⁰ ALDUNATE H., J.M. (2017). *La causal de despido por necesidades de la empresa*. Serie Informe Justicia (16). Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, p. 6.

*desvinculación de uno o más trabajadores*¹²¹. La modificación también propone que, superados los factores perjudiciales para la empresa, el empleador pueda priorizar la re-contratación de los trabajadores desvinculados en el caso de requerir servicios personales similares a los prestados anteriormente.

Existe además la previsión de incorporar al artículo 169 letra c) del Código del ramo, la exigencia de que el empleador adjunte a la carta de despido, un informe en virtud del cual se puedan verificar las condiciones señaladas por el artículo 161 contenido en el proyecto, so pena de incrementar la indemnización en un 30%.

Es de esperar que la precitada iniciativa no tenga acogida en nuestro Congreso Nacional. Esto porque proyectos de ley como el descrito, prescinden de la valoración de los efectos nocivos de normas cuasi-protectoras que incrementan la desprotección del trabajador e incentivan el desempleo¹²².

Incrementar las indemnizaciones laborales devengadas a partir de un despido que en la mayor parte de los casos es declarado como injustificado (con mayor razón lo sería en los términos en que está planteado el proyecto antes mencionado), aumenta las tasas de despido. Así lo refleja un estudio realizado por el Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo en el año 2004, en donde se dejó constancia del alza de los despidos como respuesta de los empleadores a las reformas laborales que se aprontaban con la entrada en vigencia del D.F.L N° 1, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, promulgado el 31 de julio del año 2002, ante la eventualidad de que aumentara el costo de las multas por despido indebido¹²³.

¹²¹ Cámara de Diputados. (2017). Proyecto de Ley que Modifica el Código del Trabajo en lo que respecta a la causal de despido consistente en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio. Boletín N° 11.274-13, artículo único, p. 4.

¹²² *“La iniciativa propone una nueva rigidización de la relación laboral respecto del despido por necesidades de la empresa. Si bien esta regulación más estricta da la impresión de proteger al trabajador, puede volverse en su contra a la hora de encontrar un empleo, toda vez que el mayor costo en despedir, incidirá en una menor propensión a contratar. Ello no beneficia al trabajador”*. Libertad y Desarrollo. (2017). Despido por necesidades de la empresa. Revista Libertad y Desarrollo (286): p. 28.

¹²³ ECHEVERRÍA M, y LÓPEZ, D. (2004). Flexibilidad laboral en Chile: las empresas y las personas. Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, p. 14.

Téngase presente que en los años anteriores a la precitada reforma (1998 y 1999), los despidos en el marco de relaciones laborales indefinidas no alcanzaban a significar más de 1/3 del movimiento de personal, mientras que, del universo de finiquitos del año 2002, el 53,3% correspondió a contratos indefinidos¹²⁴.

Aun cuando profundizaremos aún más en los efectos de los costes elevados del despido por la causal de necesidades de la empresa, cabe tener presente, por de pronto, que dentro de las justificaciones a las reformas laborales introducidas el año 2002, se encontraba la de mantener el despido por causales económicas y objetivas¹²⁵. Sin embargo, la sujeción judicial de la justificación del despido cuando el empleador invoca esta causal, implica una serie de valoraciones –de órdenes aparentemente distintos del jurídico–, que tornan inalcanzable su configuración legal.

En tal sentido, nuestra Corte Suprema ha señalado que, ante la crisis económica de una empresa, el empleador tiene diversas formas de hacerle frente, distintas de la separación de uno o más trabajadores¹²⁶.

5. Conclusiones

La externalización extrema con que los tribunales de justicia han venido transitando desde la aceptación de la procedencia programática de las causales económicas de despido hacia la ineficacia de su configuración, torna ajena las facultades de dirección empresarial del empleador.

Creemos que es efectivo que las motivaciones económicas en que se funda el despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, no pueden ocultar un régimen de libre despido. De perogrullo, si el empleador no puede

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ Cfr. ALBORNOZ, M. (2002). La reforma laboral no buscaba cumplir un solo objetivo. *Revista Temas Laborales* 7(19): p. 3.

¹²⁶ Corte Suprema, Sentencia ROL N°1412-2009, de 23 de julio de 2009 (recurso de casación en el fondo), considerando décimo sexto.

acreditar las circunstancias económicas que imponen la necesidad empresarial de despedir a uno o más trabajadores, la causal no puede tenerse por acreditada. Lo anterior es una cuestión de prueba.

Sin embargo, distinto es que los tribunales interpreten y restrinjan la referida causal a factores económicos que se enmarcan dentro de la noción de caso fortuito. No parece corrector privar al empresario de la posibilidad de reducir su plantilla de personal en razón de las desavenencias económicas que debilitan o ponen en riesgo la estabilidad de la empresa, aun cuando provengan de una mala administración.

Contrario a lo anterior es lo fallado por el Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, en sentencia del año 2015, en donde la precitada judicatura hace soportar toda consecuencia económica derivada de la mala gestión empresarial, en los términos que siguen:

“Que en doctrina la causal necesidades de la empresa se cataloga como una causal objetiva de término del contrato de trabajo, entendiéndose por tal las que corresponden a hechos que pueden provocar la disolución del vínculo por sí mismos y que debido a su carácter afectan a condiciones objetivas de la relación laboral, no siendo atribuibles a la persona o conducta de alguna de las partes, es decir, dicen relación con hechos o acontecimientos que no dependen de la voluntad de las partes. La jurisprudencia trata esta causal como una causal económica de tipo objetivo, no le importa si el empleador quiere reestructurar la empresa o quiere eliminar un área completa porque considera que así va a ‘producir mejor’, lo que importa es que exista una causal económica objetiva que obliga al empleador a despedir un trabajador. No procede esta causal cuando el empleador quiere hacer cambios de gestión porque tiene problemas de gestión o mala administración de la empresa. Tampoco procede cuando ‘le está yendo mal en su negocio’ o cuando tiene problemas financieros producidos por el mismo empleador y su mala gestión, es decir, que no puede invocar una razón de economía objetiva

cuando ha sido el mismo quien gatilló esa situación. En consecuencia, el despido por necesidades de la empresa procede cuando 'hay una causa económica externa a la empresa', por ejemplo, una crisis económica. Además, las situaciones en que se funda la causal deben ser de carácter grave, estos es, que ponga en riesgo la subsistencia de la empresa; permanente, es decir, no debe ser transitoria o susceptible de remediarse por vías distintas del despido y debe tener relación causal con el despido, además, la 'necesidad de la empresa' debe tener una relación causal con el despido del trabajador, así lo expresa el Art. 161, al utilizar la expresión: '... que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores'¹²⁷.

¹²⁷ Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, Sentencia ROL N° T-23-2014, de 16 de marzo de 2015 (procedimiento de tutela de derechos fundamentales), considerando vigésimo tercero.

CAPÍTULO TERCERO

FLEXIBILIDAD LABORAL, SU RECEPCIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL EN CHILE A LA LUZ DE LA CAUSAL DE DESPIDO DE NECESIDADES DE LA EMPRESA

1. Introducción

El movimiento flexibilizador de las relaciones laborales ha surgido en un marco de imperiosidad impuesto por la realidad de las vinculaciones en el trabajo y por la necesidad de equilibrar la protección del trabajador y de la empresa como fuente de empleo; movimiento germinado en el viejo continente a principios de la década de los 80'. El precitado fenómeno aparece como la respuesta al tránsito desde el fordismo¹²⁸, en el cual se inserta el Estado Social de Bienestar (estabilidad laboral del trabajador, incremento real de salarios y protección de seguridad social) hacia un Estado social de derecho con modelos económicos neoliberales, aparecidos producto de la crisis del capitalismo en los años 70'¹²⁹.

Los fundamentos basales de la tesis de la flexibilidad laboral, radica en lo imperioso que resulta para las empresas ajustar sus operaciones y su fuerza de trabajo con la frecuencia y rapidez exigidas por las fluctuaciones de la demanda, así como para aumentar su productividad. La necesidad de contar con mercados de trabajo más flexibles dio lugar a un movimiento generalizado de coordinación centrado mayoritariamente en los costos que se derivan de la aplicación de la legislación de protección del empleo.

¹²⁸ El sistema de Ford se refiere al mecanismo de producción en serie que lideraba el sistema capitalista del Siglo XX, especialmente en Estados Unidos y Europa Central. Dentro de las características más relevantes del modelo impuesto por el sistema fordista, es el incremento de los salarios de los trabajadores por encima del promedio de la época. Véase a LÓPEZ ONETO, M. (2014). Op. cit. p. 161.

¹²⁹ Cfr. MÁRQUEZ COVARRUBIAS, H. (2010). Crisis del sistema capitalista mundial: paradojas y respuestas. Polis, Revista de la Universidad Bolivariana 9(27): 435-461.

Sin embargo, debe tenerse presente que la recepción de la teoría de la flexibilidad laboral no pretende, en ningún caso, desproteger al trabajador, sino que, por el contrario, coordinar las garantías que ofrece el orden jurídico en contra del desempleo con la movilidad empresarial requerida por los motivos objetivos que se devengan a partir de su funcionamiento u organización.

Incluso la OIT ha reconocido la necesidad de conciliar los intereses envueltos en el seno de las relaciones laborales, limitando los efectos nocivos del despido mediante la institución del despido injustificado, así como también a través de las indemnizaciones laborales y del sistema de seguridad social.

En el citado contexto, respecto del Convenio N° 158, sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, analizado en el primer capítulo del presente estudio, la OIT ha precisado:

“El Convenio contiene disposiciones que permiten que los Estados ratificantes ejerzan un grado de flexibilidad en cuanto a la forma de aplicación. Gracias a esta flexibilidad, los Estados pueden aplicar diversos métodos para promover el empleo, garantizando al mismo tiempo el respeto de las normas básicas de equidad en materia de seguridad del empleo a los trabajadores”.

En el mismo contexto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT, *“ha puesto de relieve que el Convenio muestra una clara toma de conciencia en cuanto a que hace falta alcanzar un equilibrio entre la protección de los trabajadores ante el despido injustificado y la necesidad de garantizar la flexibilidad del mercado de trabajo”*¹³⁰. De igual forma, la OIT ha destacado que en el marco del derecho al recurso por despido injustificado contenido en el referido Convenio N° 158, existe cierto grado de flexibilización en el

¹³⁰ CEACR. (2001). Observación general sobre el Convenio núm. 158.

sentido de que, si el despido ha sido autorizado por una autoridad competente, el requisito establecido en el párrafo 1 del artículo 8 del Convenio podrá variar en función de la legislación y la práctica nacionales¹³¹.

2. Conceptualización

Desde una perspectiva semántica, la calidad de “flexible” significa “susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades”¹³².

Desde una perspectiva jurídico-laboral, la flexibilidad ha sido conceptualizada de diferentes maneras, según sea la manifestación concreta de que se trata, imbuida además de las pre-concepciones tutelares a las que adhiere el Derecho del Trabajo. Precisamente la rigidez de ciertas instituciones laborales, tales como la jornada de trabajo, la movilización de los puestos de trabajo y los elevados costes del despido, así como el tratamiento ineficaz de las causales legales que lo autorizan, constituyen factores de variación empresarial arrinconados por el rigor invariable de la normativa laboral.

Así como la inflación y el desempleo que presidía el clima económico-laboral en Europa en la década de los 80¹³³, tuvieron como consecuencia la concertación de mecanismos de ajustes de control de precios y salarios, resultado de acuerdos de sectores que como sindicatos, empresarios y Estado, de manera temporal, enervarían los efectos negativos de los fenómenos del desempleo e inflación

¹³¹ OIT. (2009). Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo, p. 11.

¹³² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Edición del Tricentenario.

¹³³ Cfr. PÉREZ DE VILLARREAL, J. (1991). La economía mundial en los años ochenta y la política económica de los noventa. Revista Ekonomiaz (20): 200-217.

aludidos¹³⁴; por su parte, la aparición de exigencias devenidas a partir de la globalización, del desarrollo tecnológico y de la apertura de las empresas hacia el mercado externo e internacional, debería converger en la mayor flexibilización de la normativa laboral vigente en relaciones de trabajo rígidas en donde el trabajador no puede siquiera consentir en su beneficio.

Tanto la crisis económica europea, como el embargo petrolero de 1973¹³⁵ y la crisis iraní de 1979¹³⁶, influyeron negativamente en el crecimiento económico de los Estados, repercutiendo en el alza de los índices de desempleo. Tal fenómeno socio-económico exigía la des-rigidización de los mercados laborales en cuanto a la normativa laboral imperante.

Ergo, la flexibilización denota la interferencia de la globalización en el mercado laboral, lo que permite que se diversifiquen las alternativas de gestión laboral de la empresa. En consecuencia, el contrato de trabajo es concebido como una herramienta flexible que se acomoda a las necesidades de adaptación de la empresa a la economía competitiva y global¹³⁷.

Desde una perspectiva jurídica, cabe apuntar que la flexibilización es una institución polivalente, adoptada por diversas ciencias sociales con la finalidad de explicar los procesos de cambio y de adaptación del mercado de trabajo en torno a las necesidades generadas por el sistema productivo¹³⁸. Por lo demás, constituye un concepto metajurídico, reflejo de la constatación fáctica de sus postulados en el marco de las formulaciones científicas, sin materializaciones normativas o

¹³⁴ ÁVILA SALCEDO, L. (2008). Perspectiva de la flexibilidad de la relación de trabajo ante los cometidos de la Organización Internacional del Trabajo. *Revista Iuris Tantum* (19): p. 4.

¹³⁵ MAFFEO, A.J. (2003). La guerra de Yom Kippuer y la crisis del petróleo de 1973. *Revista Relaciones Internacionales* (25): 2-6.

¹³⁶ Cfr. PEÑA BORGOGNO, L. (2013). Análisis de los efectos de la Revolución Islámica en la formulación de la política exterior de Irán hacia Estados Unidos, durante el periodo postrevolucionario. Tesis para optar al grado de Internacionalista, Bogotá, Facultad de Relaciones Internacionales Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 60 p.

¹³⁷ En este sentido, véase CAMACHO RAMÍREZ, A. (2013). Flexibilización sin precarización: estrategias para prevenir la precarización en la era de la modernización económica. *Revista Criterio Jurídico* 13(2): p. 16.

¹³⁸ Véase a MARTÍNEZ ABASCAL, V. (1996). *La nueva regulación de la movilidad funcional*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., p. 39.

jurisprudenciales. A mayor abundamiento, en los casos en que las partes litigantes han premunido su argumentación jurídica con el principio de flexibilidad laboral, nuestros tribunales han resuelto el conflicto jurídico haciendo caso omiso de su valoración¹³⁹.

Hechas estas prevenciones, es preciso argüir que la noción jurídica de flexibilidad laboral puede apuntar al trabajador o a la empresa, según sea el beneficiario de que se trate. La flexibilidad en beneficio del trabajador abunda en la normativa laboral, en la medida en que la legislación del trabajo establece derechos unilaterales en beneplácito de la maternidad, paternidad, licencia médica, entre otras, todas excepciones a la rigidez de la regla contractual¹⁴⁰.

¹³⁹ En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en el año 2014 rechazó un recurso de nulidad deducido por la empresa condenada en instancia a pagar la diferencia de sueldo base por considerar el tribunal a quo que no existía a su respecto la jornada parcial autorizada por el artículo 40 bis introducido por la Ley N° 19.759. En la especie, la sentencia señala: “*Al efecto explica que de la lectura del artículo 40 bis que reproduce, se puede concluir que la ley permite pactar jornadas de trabajo parciales, inferiores a 45 horas semanales; y que, aquellas jornadas parciales que no superen los dos tercios de las 45 horas semanales, se regirán por las normas del párrafo 5°, Capítulo IV del Código del Trabajo y, si por el contrario la jornada parcial convenida es superior, se rige por la reglas generales. Hace presente que de la historia de la Ley N° 19.759, aparece que el principio básico que debe inspirar la flexibilidad laboral es que ella sea de mutuo interés y aceptación y que signifique equilibradas ventajas para ambas partes y que no se trata de una concesión al empresario por la cual éste deba pagar un costo o que obligue a regular con severidad, por lo que estima que la interpretación del fallo cuestionado contraría las intenciones del legislador*”. Sin embargo, la Corte no se pronunció sobre la procedencia de la flexibilidad laboral en el acuerdo horario de las partes del contrato de trabajo. Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia ROL N° 1279-2013, de 17 de enero de 2014 (recurso de nulidad), considerando tercero. Con todo, anteriormente la Corte Suprema había desdeñado la modificación aludida por los litigantes, en cuanto a la procedencia de establecimiento de jornadas parciales; oportunidad en que sí hizo alusión a la flexibilidad laboral, en los siguientes términos: “*Que es, además, inexacta la afirmación del recurrente en el sentido que la modalidad de contratación a tiempo parcial haya sido introducida en nuestro país por la Ley N° 19.759, de 5 de octubre de 2001, pues ya con anterioridad a esa fecha las normas generales aplicables al contrato de trabajo permitían a las partes pactar jornadas inferiores a la máxima prevista en el artículo 22 del Código del Trabajo. La nueva ley vino sólo a reglamentar una realidad preexistente, dando al contrato de trabajo a tiempo parcial una regulación propia, que busca conciliar la flexibilidad de la jornada laboral que en ocasiones impone el mercado de trabajo, con la adecuada protección jurídica de los trabajadores que prestan servicios en una jornada reducida*”. Corte Suprema, Sentencia ROL N° 8435-2010, de 22 de junio de 2011 (recurso de casación en el fondo), considerando sexto.

¹⁴⁰ En estos casos el trabajador no tiene obligación de prestar los servicios personales bajo subordinación o dependencia, tratándose, incluso, de derechos irrenunciables. Les denominamos unilaterales porque en caso de que el empleador tenga un hijo o se enferme y dicha calidad sea calificada por las entidades correspondientes, no se suspende la obligación del empleador de remunerar al trabajador.

Desde la perspectiva de la empresa, la dogmática jurídica distingue la flexibilidad laboral cuantitativa y cualitativa, según sea el aspecto sobre el cual se apliquen las aspiraciones modificatorias, cuestiones que trataremos en el acápite siguiente.

2.1 Tratamiento dogmático y estadístico de la flexibilidad laboral de la empresa

También desde el ámbito doctrinario se han formulado múltiples concepciones de flexibilidad laboral-empresarial.

Con todo, y en términos generales, ésta puede ser concebida como “(...) *el conjunto de las medidas adoptadas para que las empresas puedan responder al constante proceso de cambio, dando una respuesta en forma oportuna en tiempo, calidad y costo a fines de aumentar la eficiencia económica*”¹⁴¹. Así las cosas, la Dirección del Trabajo ha dado cuenta de este fenómeno, en los términos que siguen:

“En los países desarrollados, los procesos de cambio en las relaciones de trabajo han sido más integrales que en los nuestros y la concatenación de relaciones descritas, relativamente más homogéneas.

Por lo tanto, los procesos de flexibilización laboral han respondido de manera más directa a fenómenos tecnológicos y en la organización del trabajo que se complementan. Es decir, se ha dado una mayor coherencia entre las transformaciones en la producción (de estandarizada a variable)

¹⁴¹ YÁÑEZ, S. (1999). *Consideraciones sobre flexibilidad laboral planteadas desde una mirada de género*. En: Sindicalismo, género y flexibilización en el Mercosur y Chile. Inserción laboral femenina. Fundación Friedrich Ebert (Representación Chile) y Centro de Estudios de la Mujer (CEM). Santiago: Ensignia, J. y S. Yáñez Editores, p. 3.

y los cambios en el empleo (de estable a adaptable a esas transformaciones, de internos a externos)”¹⁴².

La flexibilidad puede ser estudiada desde una perspectiva externa y otra interna, y éstas, a su vez, pueden estar referidas a ámbitos cuantitativos o cualitativos.

i. Flexibilidad laboral externa cuantitativa. Se refiere a la ocupación empresarial del recurso humano (mano de obra) fuera del esquema tradicional al que apunta la normativa tutelar del Derecho del Trabajado, es decir, fuera del contrato de trabajo indefinido, mediante la utilización de modalidades de contratación que permitan la fácil y rápida adaptación a las exigencias del mercado, rebajando los costos del despido, en aras de adecuar el personal contratado a las variaciones de la demanda económica¹⁴³.

En este orden de ideas, la flexibilidad laboral repercute en el tamaño de la plantilla de personal, a través de contrataciones temporales, a tiempo parcial, con despidos no sujetos a elevados costos, sea en la autorización legal de las causales legales, en la obligación de pre-aviso, sea respecto de las indemnizaciones que de ellos se derivan¹⁴⁴.

ii. Flexibilidad laboral externa cualitativa o funcional. Esta forma de adaptación empresarial apunta hacia la externalización de la dotación humana, así como a la subcontratación¹⁴⁵.

¹⁴² Dirección del Trabajo. (2010). La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago: Ediciones Dirección del Trabajo, p. 41.

¹⁴³ ECHEVERRÍA, M. y LÓPEZ, D. (2004). Op. cit. p. 5.

¹⁴⁴ QUINTANA HERNÁNDEZ, J. (2012). ¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación?. Revista Lan Harremanak (26): 131-159.

¹⁴⁵ “La trascendencia de esta regulación es grande y abarca aspectos medulares de las relaciones de trabajo y la flexibilidad laboral.

¿En qué ha consistido la regulación y la nueva política laboral hacia la subcontratación?

iii. Flexibilidad laboral interna cuantitativa. Las empresas, que reaccionan a requerimientos de flexibilidad mediante adaptaciones de su dotación permanente y estable de trabajadores emplean formas internas de flexibilidad. Estas operan sobre la base de cambios en la jornada laboral y/o la intensidad del trabajo (flexibilidad interna numérica).

iv. Flexibilidad laboral interna cualitativa. El presente método de adaptación dice relación con los elementos de capacitación, calificación, polivalencia, trabajo en equipo, etc., entre los factores que determinan la permanencia y estabilidad laboral.

En términos generales, a través del mecanismo de flexibilidad laboral interna es posible arribar a los siguientes ítems: a) flexibilidad de las tareas; b) flexibilidad del sistema de remuneraciones; c) Flexibilidad en el tiempo de trabajo.

La extensión de la noción de flexibilidad, ha sido explicada por algunos de los más importantes actores de la economía internacional, como el Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), para quienes la flexibilidad consiste en eliminar o desregular el mercado laboral con el objetivo de acabar con las rigideces causantes de un alto índice de desempleo, así como de un sector informal creciente. En este sentido, el Banco Mundial sostiene que la principal causa del desempleo en América Latina reside, fundamentalmente, en la inflexibilidad de los mercados laborales, lo que se traduce en que el sector formal de

En primer lugar, buscó dar mayor transparencia en el conjunto de las relaciones laborales en el país. Así se definió con claridad un campo de relaciones de trabajo que estaba definido sólo tangencialmente en la normativa laboral (la subcontratación) y se incorporó un espacio operativo, legal y legítimo para otro tipo de relaciones laborales (las empresas de servicios temporarios y el contrato de puesta a disposición de trabajadores para otras empresas) que era ilegal en cualquiera de sus formas.

Se nombra y define por primera vez en la legislación nacional qué se entiende por el trabajo en régimen de subcontratación, y a cada uno de sus componentes: la empresa principal, la empresa contratista y subcontratista y los trabajadores subcontratados. Como se ha venido argumentando, eran nominados tangencialmente o más bien se suponía que existían, sin denominarse ni menos definirse conceptualmente. Por su parte la apelación fugaz al fenómeno de los “contratistas” aparecía sólo respecto de la responsabilidad en última instancia (subsidiaria) de uno de los componentes (empresa principal) sin especificarse las relaciones entre las tres partes ni lo que definía a un trabajo subcontratado”. Dirección del Trabajo. (2010). La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Op. cit. p. 109.

la economía no sea dinámico en términos de generación de empleos. De allí que haya apuntado:

“En primer lugar se encuentran las repercusiones que las diferentes opciones regulatorias pueden tener en el mercado laboral. En la medida en que las conclusiones obtenidas en los países desarrollados pueden trasladarse a los países en desarrollo, se sabe que los reglamentos más rígidos de protección del empleo realmente conseguirán que los puestos de trabajo sean más seguros, pero con un coste evidente: más desempleo de larga duración y menos oportunidades de empleo permanente en el sector formal.

Este último coste probablemente afectará de forma desproporcionada a los grupos de trabajadores vulnerables, entre ellos mujeres y jóvenes y personas no calificadas con escasa educación”¹⁴⁶.

Por tanto, un mayor grado de flexibilidad laboral permitiría —en teoría— la creación de mayor empleo y la reducción del sector informal, de ahí que dichos organismos han promovido la aplicación de diversos mecanismos de flexibilidad laboral para disminuir el elevado desempleo prevaleciente desde la década de los ochenta del siglo pasado.

El mecanismo más efectivo existente en nuestro medio, es la serie de encuestas ENCLA (1998,1999 y 2002), que mide los sistemas de flexibilidad laboral empresarial. En el citado contexto, la encuesta ENCLA 2002 demuestra cómo los empresarios tienen a afrontar la crisis económica a través del despido (38.6% de las empresas medidas), lo que resulta paradójico con la realidad jurisprudencial constatada por el estudio realizado por el Instituto Libertad y Desarrollo en el año

¹⁴⁶ Banco Mundial. (2002). Reglamentos de protección del empleo Normas para la contratación y terminación de la relación de trabajo. Cuadernos de Políticas de Empleo (1): p. 7.

2017, a partir del cual se concluyó que en Santiago y la Región Metropolitana, más del 90% de los juicios por despido indebido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, son perdidos por los empleadores.

En la realidad española, la contratación temporal es uno de los males laborales que aquejan al Estado. Sin embargo, las medidas introducidas por las reformas de los años 1994, 1997, 2001, 2006 y 2010, que han pretendido la flexibilización laboral (rebajando los costos del despido en la contratación indefinida e introduciendo indemnizaciones obligatorias para algunos tipos de contratos temporales), han arrojado como resultado el descenso de la contratación temporal, en casi 10 puntos porcentuales en 14 años (del 34.9% en 1995 al 25.1% en 2009)¹⁴⁷.

A su vez, la experiencia mexicana ha adherido a la conclusión que relaciona los altos índices de desempleo y de mayor retraso en el reintegro al mercado laboral de los trabajadores desempleados, con los elevados costes del despido y de las prestaciones laborales que de él se desprenden. En tal sentido, la doctrina comparada ha señalado:

“A mayor cuantía en las prestaciones por desempleo y en los beneficios que perciben los sindicatos existe una mayor duración en la reintegración al mercado laboral por parte de los desempleados debido en parte al elevado poder de los trabajadores insiders (sindicalizados), quienes presionan por mantener sus beneficios; esto da como resultado la creación de empleo por debajo de los niveles esperados, por lo que una economía que desee ser considerada flexible y creadora de una mayor cantidad de empleos debe reducir los beneficios otorgados a los desempleados, sindicalizados y otros colectivos beneficiados”¹⁴⁸.

¹⁴⁷ MARTÍNEZ PASTOR, J.I. (2011). La flexibilidad laboral: significados y consecuencias. Revista Política y Sociedad 48(2): p. 387.

¹⁴⁸ IBARRA CISNEROS, M. y GONZÁLEZ TORRES, L. (2009). La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo. Revista Contaduría y Administración (231): pp. 35 y 36.

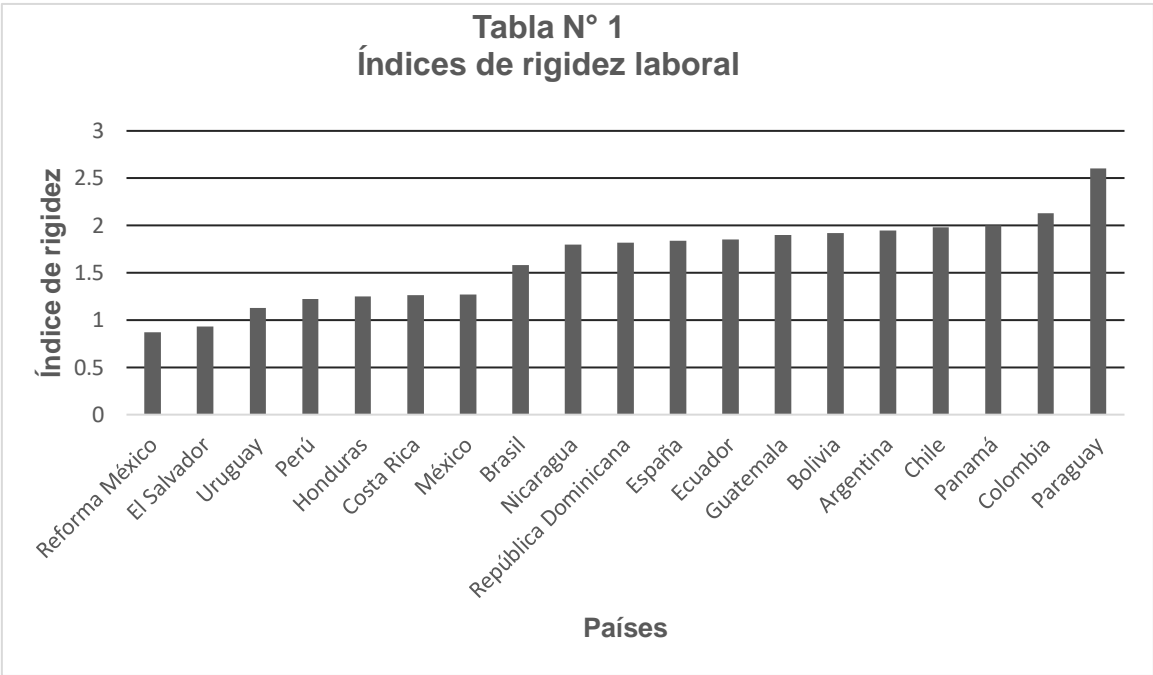
Según estudios formulados por la OCDE los índices que permiten medir la rigidez laboral se integran por medio de una serie de factores (análisis factorial), en el año 2004, cuyos resultados son recogidos en el “*OECD Employment Outlook*”¹⁴⁹, particularmente en el capítulo dedicado a la “*Employment Protection Regulation and Labour Market Performance*”¹⁵⁰. Los factores indicados pueden ser agrupados según la siguiente tabla:

TAXONOMÍA DEL INDICADOR DE RIGIDEZ LABORAL Y SUS PESOS		
	Componentes básicos	Composición de variables relevantes
ÍNDICE DE RIGIDEZ LABORAL	COMPONENTE-1 Restricciones en los procedimientos de despido colectivo Escala 0-4 Peso relativo*: 55.18%	Notificación antes de ejercer el despido colectivo (1/4) Aprobación antes de ejercer el despido colectivo (1/4) Duración máxima de contratos a plazo fijo (1/4) Despido con preaviso (1/4)
	COMPONENTE-2 Medidas de flexibilidad externa y flexibilidad interna Escala 0-4 Peso relativo*: 27.64%	Contrato de formación o aprendizaje (1/4) Posibilidad de usar Empresas de Trabajo Temporal (1/4) Posibilidad de utilizar o no contratos temporales (1/4) Horas extraordinarias (1/4)
	COMPONENTE-3 Modalidades y duración de formas de empleo a plazo Escala 0-4 Peso relativo*: 17.18%	Número de modalidades de contrato a plazo (1/2) Duración del periodo de prueba (1/2)

¹⁴⁹ Informe Anual sobre Perspectivas del Empleo, 2004.

¹⁵⁰ Regulación de protección del empleo y resultados del mercado de trabajo.

El promedio de nuestro país dentro del concierto Iberoamericano (incluido México), lo sitúa en el cuarto país con mayores índices de rigidez laboral (junto a Panamá, Colombia y Paraguay), según indica el siguiente gráfico¹⁵¹.



También dentro del contexto internacional, la OCDE ha concebido la flexibilidad laboral de forma amplísima, como la “*capacidad de los individuos en la economía y en particular en el mercado de trabajo de renunciar a sus costumbres y de adaptarse a nuevas circunstancias*”¹⁵².

Ahora bien, la superfluidad o ineficacia jurisdiccional de la causal de despido de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, revela la rigidez laboral en el factor de flexibilidad externa cuantitativa en nuestro medio. Tal y como hemos

¹⁵¹ La fuente de nuestro gráfico se obtuvo de IBARRA CISNEROS, M. (2010). Flexibilidad laboral en Iberoamérica: un análisis comparado. Revista Estudios Fronterizos 11(21): 81-106.

¹⁵² DAHRENDORF, R. (1986). *La flexibilidad del mercado de trabajo*. Colección Informes OCDE. Madrid: MTSS, p. 10.

venido apuntando, nuestros tribunales zanján el tópicó de su procedencia o justificación bajo parámetros inalcanzables que excluyen toda contingencia económica que pueda ser reconducida causalmente al empresario.

En el marco internacional, el vicepresidente del Grupo de Empleadores, el cual participó en el contexto de las consultas tripartitas de la OIT sobre la situación de los instrumentos protectorios contra el despido, expresó:

“(...) una protección contra el despido que fuese más allá de la simple prohibición de efectuar despidos arbitrarios complicaría la capacidad de adaptación de las empresas a los cambios en materia de funcionamiento o de índole económica general. Estas complicaciones pueden ser el resultado de demoras, debidas al cumplimiento de ciertos procedimientos previos al despido de carácter obligatorio a efectuarse con antelación a los despidos. Además, la protección contra el despido más bien aumenta los costos de funcionamiento de las empresas y de la economía en general. En un contexto de mundialización y de incremento de la competencia, la flexibilidad y la rapidez de adaptación son vitales para la supervivencia de las empresas. Este tipo de flexibilidad en la contratación no es posible si la prioridad de la política de personal consiste en proteger a los trabajadores ya contratados”¹⁵³.

La tensión existente entre el Derecho Laboral y las imposiciones provenientes de la economía global de mercado requiere de una armonización que equilibre los

¹⁵³ Vicepresidente empleador. (1995). Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, Examen del Estudio General, párrafo 80.

intereses laborales y sociales de los actores de la comunidad nacional. En tal sentido, la doctrina comparada ha apuntado:

*“El principio de libre empresa en el marco del sistema de economía social de mercado actúa como condicionante económico del Derecho del Trabajo, pues si bien el Derecho del Trabajo procura conseguir todo lo que es deseable socialmente, no puede realizar más que lo que es posible económicamente”*¹⁵⁴.

Actualmente, el principio de flexibilidad laboral ha evolucionado hacia la noción de flexiseguridad, con la finalidad declarada de comprender, desde de su nomenclatura, la optimización de la vinculación armónica de la tutela al trabajador y a la empresa como fuente de empleo. Así, tenemos, por una parte, el derecho de la empresa a la gestión flexible de la mano de obra, es decir, de organizar el trabajo dentro de un marco abierto hacia el mercado. Por la otra, tenemos la necesidad de mantener la salvaguardia de los trabajadores, del trabajo y de su fuente de empleo, así como del derecho a integrarse-reintegrarse al mercado laboral una vez desempleado. La flexiseguridad viene a articular la autonomía contractual laboral y la protección de los derechos laborales¹⁵⁵.

De allí que resulten sesgadas –por no decir viciadas– las visiones que giran en torno a la noción de flexibilidad laboral y que imputen a su contenido una finalidad desprotectora y destructora de los derechos laborales¹⁵⁶. Lo anterior porque la flexiseguridad no elude el compromiso social del Estado para con la protección de los

¹⁵⁴ MORENEO PÉREZ, J. L. (1996). *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, p. 34.

¹⁵⁵ OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (2014). La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: revisión crítica. *Revista Themis* (65): p. 42.

¹⁵⁶ Cfr. “Flexibilizar el mercado de trabajo, para la doctrina neoliberal es eliminar las rigideces en la economía provocadas por normas laborales proteccionistas del trabajador, para lo cual propugnan la reducción drástica de tales normas o la desaparición misma de los derechos laborales. Esta flexibilización conlleva a la desregulación”. GONZÁLEZ, M.C. (2006). Flexibilización de las relaciones laborales. Una perspectiva teórica postfordista. *Revista Gaceta Laboral* 12(1): p. 41.

trabajadores, abarcando mecanismos eficientes de tutela empresarial hacia los nocivos efectos del desempleo, como las indemnizaciones laborales, así como la responsabilidad estatal en torno a los seguros contra igual contingencia¹⁵⁷.

Finalmente, resta advertir sobre la naturaleza intrínseca del Derecho del Trabajo. Ya en sus orígenes aparece como una forma ambivalente de resolver el conflicto social suscitado entre el modelo económico capitalista (del reparto de la utilidad social agregada entre los titulares del capital y del trabajo) y la demanda de participación y visibilidad política de los excluidos y marginados por la sociedad, esto es, los trabajadores, mediante los distintos procesos de reivindicación social¹⁵⁸.

2.2 Viabilidad judicial de la flexibilidad laboral externa cuantitativa y el despido por necesidades de la empresa

En el presente acápite analizaremos la flexibilidad laboral desde la perspectiva de la adaptación empresarial a través del despido impuesto por las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio. Así daremos cuenta del panorama generalizado en nuestros estrados sólo en lo que a elementos configurativos de la referida causal respecta, reservando el estudio de los alcances pecuniarios de la rigidez laboral para un acápite posterior¹⁵⁹.

La Corte Suprema ha precisado que la causal de necesidades de la empresa, no es un concepto único, sino que depende de la propia estructura de la empresa de

¹⁵⁷ Cfr. GAMONAL CONTRERAS, S. (2011). *Trabajo y Derecho*. Santiago: Editorial Legalpublishing, pp. 191-206.

¹⁵⁸ UGARTE CATALDO, J. L. (2007). *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago: Editorial LexisNexis, pp. 19 y ss.

¹⁵⁹ Acápite 3.1 del capítulo III del presente estudio.

que se trate y de su vinculación con la situación particular del trabajador que se desea desvincular¹⁶⁰.

Así, desde el plano jurisprudencial, la causal de necesidades de la empresa ha sido articulada en base a los siguientes elementos:

i. Ajenidad u objetividad. La causal de necesidades de la empresa da cuenta de hechos que objetivamente pueden afectar la actividad de la empresa y hacer necesario el despido de uno o más trabajadores. Estos hechos que justificarían los despidos son, entre otros, la racionalización o modernización de las empresas, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía; hipótesis todas contempladas en el artículo 161 del Código del ramo¹⁶¹. La exigencia en torno a este requisito dice relación con el repudio legislativo al libre despido. En otros términos, lo que se pretende que es que la causal de necesidades de la empresa, no encubra la voluntad unilateral del empresario de poner término a la relación laboral, basado solo en su capricho o arbitrariedad.

Sin embargo, creemos que es necesario destacar que las contrariedades funcionales o económicas de la empresa, en pos de que configuren la causal objeto de nuestro estudio, deben ser ajenas no sólo al empresario, sino que también al trabajador. Esto porque el déficit en la productividad que deriva de un trabajador, no puede ser considerada una necesidad de la empresa en el despido, por el contrario, esta debe ser subsumida en alguna de las causales subjetivas de despido disciplinario contenidas en el artículo 160 del Código del ramo.

Analizada la viabilidad fáctica de la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio ante nuestros tribunales, nos parece que la judicatura incorpora un requisito adicional a la noción de ajenidad, cual es el de especialidad o de causalidad.

¹⁶⁰ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4123-2009, de 29 de septiembre de 2009 (recurso de casación en el fondo), considerando sexto.

¹⁶¹ Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Sentencia ROL N° S-15-2014, de 6 de marzo de 2015 (procedimiento por práctica antisindical), considerando segundo.

Con esto queremos significar que, aun cuando existan razones objetivas o ajenas al funcionamiento económico de la empresa, nuestros tribunales exigen que dichos factores afecten directamente a la empresa y no que se trate de condiciones generales de mercado desde donde no se desprenda la perjudicialidad de forma directa.

Así, en causa ROL N° O-6894-2016 del Primer Juzgado de Letras de Santiago, en procedimiento sobre despido improcedente y cobro de prestaciones laborales, la demandada fue vencida por no configurarse, a juicio del tribunal, la causal de necesidades de la empresa, en el entendido de que la empresa pretendió justificar el despido del actor en un Informe del Banco Central, sobre la expectativa económica octubre de 2016 y en una publicación del diario El Mercurio sobre expectativas económicas del país¹⁶². En el caso sub-lite, el tribunal sentenció:

“Que del análisis de la prueba ya citada, no es posible concluir que en la especie se configure la causal invocada y que obedece específicamente a la necesidades derivadas de la situación económica proyectada del país para el segundo semestre del año 2016 que redunde en la disminución de las ventas en el local de la trabajadora, lo que conlleva a la disminución de personal, sin que aquello se hubiese acreditado, pues la interpretación que la jurisprudencia le ha dado a la misma, supone un proceso de racionalización estructurado y debidamente fundado en razones económicas, las que en este caso no han sido demostradas, considerando

¹⁶² La carta de despido que el empleador envió al trabajador, rezaba: “La situación económica proyectada del país para el segundo semestre del año 2016, que redunde en una estimación de disminución de las ventas en el local O.V. de Santiago, perteneciente a la Gerencia de Retail, lo que nos lleva a tener que reducir el personal de dicha tienda.

De acuerdo a la Encuesta de Expectativas Económicas (EEE) del Banco Central, el mercado recortó su proyección de crecimiento de la economía, lo que lleva a establecer que en los meses que vienen, la situación sea más compleja desde el punto de vista comercial, por lo que las ventas y situación general se verá mermada y se requerirá menos personal”.

*especialmente que dicha situación económica no ha afectado considerablemente a la demandada*¹⁶³.

Nos parece, además, inadecuado agrupar la necesidad de exterioridad de la contingencia técnica o económica que afecta a la empresa, adjetivos que expresan cuestiones distintas. Así, el término “ajeno”, significa “*impropio, extraño, no correspondiente*”¹⁶⁴, de donde parece desprenderse la exigencia de que los hechos que motivan el despido por necesidades de la empresa, se sitúen causalmente fuera de ella, mientras que el vocablo “objetivo”, significa “*perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir*”¹⁶⁵, es decir, que el despido no tenga motivaciones subjetivas o dentro del campo volitivo del empleador. Debe tenerse presente, además, que es lógico que, con prescindencia de la causal de que se trate, en último término el despido siempre se basa en la decisión del empleador de “aplicar” la causal en cuestión y poner fin a la relación laboral. Por tanto, los hechos que fundan el despido pueden ser ajenos, pero no objetivos y viceversa (v.gr. negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio, habiéndose prohibido dicha circunstancia en el contrato de trabajo).

ii. Gravedad. Desde una perspectiva semántica, la gravedad importa una cuestión “grande, de mucha entidad o importancia”. Sin embargo y, nuevamente en sede jurisdiccional, el requisito de la gravedad ha sido asimilado en sus efectos jurídicos a la irresistibilidad (de forma semejante a la fuerza mayor)¹⁶⁶.

El requisito de la gravedad ha sido analizado jurisprudencialmente a partir del artículo 160 del Código del ramo. Al respecto, nuestros tribunales han sido enfáticos

¹⁶³ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia ROL N° O-6894-2016, de 13 de junio de 2017 (procedimiento ordinario por despido improcedente y cobro de prestaciones), considerando sexto.

¹⁶⁴ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Edición Tricentenario.

¹⁶⁵ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Edición Tricentenario.

¹⁶⁶ Cfr. JIMÉNEZ BOLAÑOS, J. (2010). Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual. Revista de Ciencias Jurídicas (123): 69-98.

en señalar que la gravedad significa que el incumplimiento debe ser de tal naturaleza y entidad que produzcan un quiebre en la relación laboral e impida la convivencia normal entre uno y otro contratante, o bien, se trate de conductas que lesionen y/o amenacen en cierto modo la seguridad y estabilidad de la empresa¹⁶⁷.

Extrapolando la lógica de nuestra judicatura, la gravedad sólo implica una entidad considerable en orden a producir efectos nocivos sobre la relación laboral, por lo que resulta incomprensible la exigencia de irresistibilidad en el caso de la causal de necesidades de la empresa.

Lo anterior queda en evidencia en fallo de la Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, del año 2016; decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción¹⁶⁸ y que expresa las ideas que hemos venido formulando, en los siguientes términos:

“Debe haber relación de causalidad entre las necesidades y el despido. Como expresa el CT, es la situación de la empresa la que hace necesaria la separación de uno o más trabajadores. En consecuencia si es transitoria o puede remediarse por otros medios no puede despedirse por esta causal. Las necesidades de la empresa operan entonces frente a situaciones graves, permanentes y en forma supletoria frente a otras medidas que puedan permitir alcanzar el mismo objetivo sin despedir trabajadores”¹⁶⁹.

De igual forma, nuestros tribunales han asociado el requisito de gravedad de las necesidades de la empresa a las modificaciones orgánicas de la empresa, no

¹⁶⁷ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 2164-2008, de 30 de julio de 2008 (recurso de casación en el fondo), considerando décimo segundo.

¹⁶⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia ROL N° 179-2016, de 27 de julio de 2016 (recurso de nulidad).

¹⁶⁹ Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, Sentencia ROL N° O-44-2016, de 4 de junio de 2016 (procedimiento de aplicación general), considerando tercero.

satisfaciendo el requerimiento que el puesto del trabajador despedido en virtud de la causal del artículo 161 del Código del Trabajo, haya sido eliminado¹⁷⁰.

iii. Permanencia. A partir del análisis jurisprudencial se advierte que el requisito de permanencia de la contingencia económica que afecta a la empresa debe ser permanente, en el sentido de considerar indebido el despido por necesidades de la empresa de un trabajador que es sustituido en la misma función o cargo¹⁷¹. Sin embargo, según apuntamos con antelación, cuando el puesto de trabajo es suprimido, los tribunales no tienen por configurado la causal en comento.

En suma, la causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio ha sido elevada a un estándar sustancial de procedencia casi inalcanzable. El resultado de lo anterior, no redundará en una disminución de los índices de desempleo en nuestro país, mismos que se siguen elevando alcanzando una tasa del 6.6% en el mes de agosto del año en curso y cuyo incremento alcanzó un 0.8% desde enero de 2016¹⁷².

La recurrencia de la declaración de improcedencia de la causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, es un fenómeno que ha sido, incluso, reconocido por nuestros tribunales de justicia. Dicha negativa ha sido justificada desde el plano jurisprudencial en razón de un elemento de mala praxis empresarial, en aras de los despidos masivos sin justificación real. Así las cosas, el Segundo Juzgado de Letras de Santiago, en procedimiento de tutela laboral por prácticas antisindicales incoado en contra de El Mercurio SAP, la precitada judicatura expresó:

¹⁷⁰ “Por otra parte, no se ha probado a través de los medios contables pertinentes una situación grave y permanente que haga imperiosa una modificación en la conformación orgánica de la empresa. Tal como se indicó anteriormente, el informe de balance acompañado por la demandada y el ranking de las sucursales, elaborados por la misma empresa, carecen de antecedentes suficientes para acreditar fehacientemente los presupuestos de la causal invocada”. Corte de Apelaciones de Chillán, Sentencia ROL N° 21-2016, de 14 de abril de 2016 (recurso de nulidad), considerando primero.

¹⁷¹ Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Sentencia ROL N° S-15-2014, de 6 de marzo de 2015 (procedimiento por práctica antisindical), considerando quinto.

¹⁷² Las precedentes cifras han sido extraídas de la Base de Datos Estadísticos del Banco Central.

“Este tópico –no estudiado por la doctrina- está relacionado ciertamente con el uso general de la causal de necesidades de la empresa de la forma que se viene señalando, en una práctica que hunde sus raíces en desde el origen mismo del instituto, que ha terminado por prescindir de razones de naturaleza económica, evidencia habituales déficit de relato al momento de invocarse la causal –con el clásico parafraseo de la norma sin referencia a hechos determinados, por carecer normalmente de conexión con procesos reales de reorganización y causas objetivas-, cuando no ha servido para encubrir prácticas de despido abiertamente inconstitucionales”¹⁷³.

Sin perjuicio de lo anterior y, en el caso sub-lite, el empleador externalizó un área de la organización empresarial, excluyendo de manera colectiva a una parte de los trabajadores de dicha área, basado lo anterior en razones económicas. En este orden de ideas, el tribunal rechazó la demanda por despido injustificado en atención a que consideró cumplidos los requisitos que debe cumplir la externalización en el ámbito del asentamiento de una causa económica y ajena a la voluntad del empleador para tener por configurada la causal de despido por necesidades de la empresa.

En el citado contexto y a partir del análisis del aludido fallo, el tribunal a quo estimó que la externalización debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) Que la externalización sea real, es decir, que no provenga de una ficción en donde se externaliza “en mano propia” a través de una empresa que forma parte del mismo “grupo empresarial”, so pena de constituir una decisión de precarización laboral.

b) Tener una causa organizativa que necesariamente conlleve como efecto la prescindencia de uno o más trabajadores (sindicalizados). Este elemento se encuentra referido a la justificación empresarial del despido por necesidades de la empresa (en el caso en comento la causa organizativa se materializó en razón de

¹⁷³ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia ROL N° T-536-2017, de 20 de octubre de 2017, considerando vigésimo noveno.

una sostenida pérdida de ingresos por avisaje en periódicos y revistas), que haga imperativa la supresión de uno o más puestos de trabajo.

c) Que se encuadre dentro de la contención legal al despido por necesidades de la empresa. En otros términos, que el empleador acredite la concurrencia de los requisitos objetivos de configuración de la causal objeto de nuestro estudio, a fin de que la externalización no oculte el libre despido.

d) Que la supresión de los puestos de trabajo substituidos a través del fenómeno de la externalización obedezca a procedimientos operarios razonables y debidamente explicitados.

e) Que la medida de externalización sea idónea para conseguir la finalidad pretendida, cual es la descentralización productiva que permita adaptar a la empresa a mayores condiciones de competitividad, distanciándose todo lo anterior de un fin lesivo de los derechos fundamentales del trabajador. Dicha medida también debe encuadrarse dentro de un criterio de proporcionalidad de la exclusión de uno o más trabajadores.

Así las cosas, el tribunal consideró justificado el despido por necesidades de la empresa de un grupo de trabajadores de un área específica de la empresa que se externalizó a un tercero, habida consideración del cumplimiento de los requisitos substanciales antes mencionados.

3. Flexibilidad laboral ¿límite a la estabilidad laboral?

Sin lugar a dudas la flexibilidad laboral ajustada con mecanismos de protección al trabajador contra los efectos del desempleo (indemnizaciones laborales y sistemas de seguro que den cobertura a la contingencia de la cesantía) configura un portal eficiente hacia la moralización judicial de una causal de despido que resulta objetiva, esto es, la de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio.

Ahora bien, resulta preciso analizar los alcances de la flexibilidad laboral en el marco de la estabilidad laboral que asegura nuestra normativa del ramo. Esto porque el resultado de este ejercicio surge de la tensión existente entre dos principios que gobiernan las relaciones laborales del Derecho del Trabajo en la modernidad (flexibilidad vs. estabilidad).

Recio nos recuerda que la rigidez suele ser considerada una de las causas básicas del desempleo, utilizándose esta línea argumental para explicar los mayores niveles de desempleo que padecía la Unión Europea frente a otros países capitalistas desarrollados como Japón o Estados Unidos¹⁷⁴.

Téngase presente que el índice de desempleo en Estados Unidos es de un 4.3% a mayo de 2017 (cifra considerablemente menor a la nuestra); realidad comparada en donde incluso existe la libertad de despido (con ciertas limitaciones)¹⁷⁵.

Ahora bien, según sentamos con antelación, en Chile existe un régimen de estabilidad relativa en el empleo, lo que significa que el trabajador tiene derecho a permanecer indefinidamente en el empleo, en tanto no se configure una justa causal de terminación del contrato de trabajo, de manera tal que, si se le despide al margen de dicho sistema de justificación, tiene derecho a las indemnizaciones correspondientes.

Así las cosas, la estabilidad laboral que rige en nuestro orden jurídico-laboral adopta una modalidad impropia, en la medida en que no asegura la reincorporación del trabajador so pena de declararse ineficaz el despido¹⁷⁶.

¹⁷⁴ RECIO, Albert. (1994). Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral). Cuadernos de Relaciones Laborales 5: 57-74.

¹⁷⁵ Véase en MUHL, C. (2001). The employment-at-will doctrine: three major exceptions. Monthly Labor Review (1): p. 3.

¹⁷⁶ Véase en PLÁ RODRÍGUEZ, A. (2015). Op. cit. p. 221.

Desde una perspectiva justificadora, el principio de estabilidad en el empleo es consubstancial con el carácter indefinido de los contratos de trabajo y responde al principio protector del Derecho del Trabajo¹⁷⁷. Adicionalmente, el principio de estabilidad de las relaciones laborales constituye un mecanismo hermenéutico de tutela en contra de las figuras que contienen subterfugios contractuales a fin de evadir las relaciones laborales indefinidas.

En tal sentido, nuestra jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

“Lo anterior se origina en que el legislador laboral, siempre en aras de la estabilidad relativa en el empleo, ha consagrado situaciones específicas que denotan su rechazo a la transgresión de tal principio, como son las establecidas en el artículo 159 N° 4 del Código del ramo, incisos segundo y cuarto, en tanto contemplan presunciones que conducen a evitar la contratación de trabajadores, incluso en forma discontinua, con el objeto de eludir las responsabilidades del empleador al momento de la terminación de la relación laboral. En los contratos por obra o servicio determinado, el cuerpo legal referido no prevé, como en los a plazo, normas que regulen su transformación en pactos de duración indefinida, sin embargo, ello no obsta para que la interpretación legislativa pueda señalar los racionales límites temporales de las convenciones por obra o faena. Por lo tanto, resulta necesario concluir que las actividades que pueden dar origen a que opere la causal del N° 5 del artículo 159 ya referido, deben ser necesariamente transitorias o de limitada duración, pues esta deducción es la que se aviene con la protección de estabilidad relativa que consulta el Código, la que no pueden eludir las partes por la vía de la autonomía contractual”¹⁷⁸.

¹⁷⁷ En este sentido, Corte Suprema, Sentencia ROL N° 854-2002, de 18 de junio de 2002 (recurso de casación en el fondo), considerando noveno.

¹⁷⁸ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 187-2008, de 16 de abril de 2008 (recurso de casación en el fondo), considerando quinto.

Resta, por tanto, reflexionar acerca de la colisión entre el principio de estabilidad en el empleo y el de flexibilidad laboral interna cuantitativa.

En el citado orden de ideas, el sistema de despido en Chile, responde a uno de carácter causado, lo que en otros términos significa que el despido es una figura anómala dentro de la relación laboral tipo (continua e indefinida), empero, el empresario tiene la facultad de orientar su organización empresarial en cuanto a la plantilla de personal que la integra, aplicando alguna de las causales de despido autorizadas por el legislador en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo.

Así las cosas, el sistema de estabilidad relativa se condice con un fenómeno de igual naturaleza, es decir, “relativa” y no “absoluta”, a partir del cual surgen dos efectos contrapuestos: a) el derecho del trabajador de conservar su empleo mientras no medie una causal de despido a su respecto y, por supuesto, sea aplicada por el empleador para poner fin a la relación de trabajo y, b) el derecho del empleador de terminar el vínculo laboral aplicando una o más causales legales de despido.

Por tanto, no es válido sostener un régimen judicial de inaplicabilidad de la causal de despido por necesidades de la empresa bajo las premisas antes descritas, en la medida en que la estabilidad laboral no se ve conculcada ante la flexibilidad exigida por las contingencias técnicas o económicas que afectan a la empresa y que requieren la separación de uno o más trabajadores.

4. La justificación social del despido y el modelo alemán

La legislación alemana protectora contra el despido, denominada “Ley de la Protección contra el Despido” del año 98’, sienta sus bases en la figura de la “justificación social del despido”.

La justificación social del despido en Alemania, al igual que en el resto de países de la Unión Europea, importa una valoración social del fenómeno del despido, más que una connotación meramente económica. Esto porque constituiría una visión reduccionista negar el alcance social de desempleo y vaciarlo de contenido hasta llegar hasta el análisis único de los intereses empresariales¹⁷⁹.

En otros términos, sistemas como el germano admiten la confluencia de intereses en el tópico del despido: el del trabajador, el del empleador y el del Estado. Desde la citada arista, la dogmática jurídica ha apuntado:

“No obstante, si los costes de despido son ‘excesivamente’ elevados, o si éstas son las expectativas que tienen los empresarios, esto puede repercutir negativamente en los niveles de empleo. Ello es así porque el encarecimiento del factor trabajo puede afectar al cálculo de coste–beneficio que harían los empresarios antes de proceder a cada contratación. Si las expectativas acerca del coste son muy elevadas, los empresarios podrían sustituir capital por trabajo o simplemente contraer la inversión –o desplazarla, una vez más, al extranjero– ‘negándose a crecer’ o renunciando a crear nuevas empresas”¹⁸⁰.

De allí que, aun con un marcado carácter tutelar, el derecho laboral alemán admita la procedencia de la causal objetiva de despido, por necesidades de la empresa.

En el precitado sentido, el modelo alemán distingue tres categorías de causales de despido:

¹⁷⁹ En este sentido, véase a Fundación 1º de Mayo. (2012). El modelo de despido en la Unión Europea. Elementos clave para la comparación de los distintos modos de despido en la unión europea [en línea] <<http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/InformeDespido.pdf>> [consulta: 2 septiembre 2017].

¹⁸⁰ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2009). Informe sobre la regulación del despido en Europa. Revista Temas Laborales (99): p. 262.

- i. Despido por necesidades urgentes de la empresa;
- ii. Despido por razones inherentes a la persona del trabajador y;
- iii. Despido basado en el comportamiento del trabajador.

En lo que respecta a la causal de despido por necesidades urgentes de la empresa, los tribunales alemanes no se atribuyen facultades revisoras sobre la idoneidad o idoneidad de las medidas económicas adoptadas por las empresas. Así, aun cuando se trate de un sistema de despido sumamente reglado en el sentido de exigir al empresario que aporte una evaluación de la marcha futura de la empresa y antecedentes suficientes que justifiquen la separación del trabajador a causa de la contingencia en que se basa el despido, lo cierto es que los tribunales alemanes no examinan la conveniencia de las medidas tomadas, así pues el control judicial únicamente prohíbe aquellos despidos arbitrarios o incausados, en apertura a la flexibilidad de las relaciones laborales, “*de la cual sacan provecho ambas partes –los trabajadores, por un lado, y los empresarios, del otro–, así en sus varios papeles y funciones como en sus diferentes intereses*”¹⁸¹.

5. Conclusiones

El Derecho del Trabajo, en sus orígenes y hasta ahora, constituye una herramienta al servicio del ser humano y del apaciguamiento en armonía del conflicto social suscitado entre dos fuerzas tradicionalmente divergentes: trabajador y empleador. Dicha motivación debe revestir la forma en que dicha rama del Derecho evoluciona.

¹⁸¹ ZACHERT, U. (2007). La estructura de las relaciones laborales en Alemania. Revista AFDUDC (11): p. 1040.

Así las cosas, la consideración social de la empresa y del desempleo impone la necesidad de coordinar, en equilibrio, la tutela laboral al trabajador y la flexibilidad de la empresa para direccionar su estructura y funcionamiento.

La rigidez de nuestro sistema no sólo se extiende hacia el ámbito de la normatividad (flexibilidad laboral interna cuantitativa), sino que tiene alcances jurisprudenciales que arrojan pronunciamientos de improcedencia de la causal de despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio cercanos al 90% en los tribunales laborales y en la Corte de Apelaciones de Santiago, según un estudio del Instituto Libertad y Desarrollo.

A mayor abundamiento, el examen jurisdiccional de la precitada causal de despido; reflejo de la flexibilidad laboral, ha sometido su alcance a requisitos adicionales a aquellos que se desprenden de la *ratio legis* (Ley N° 19.010), elevando su estándar de aplicabilidad a uno casi inalcanzable.

CONCLUSIONES

La protección normativa (legal y constitucional) de los derechos laborales específicos se enmarcan dentro de un vasto campo de tutela concedida al trabajador en aras del equilibrio negocial y contractual que sustentan los antecedentes del surgimiento del Derecho del ramo.

Sin lugar a dudas la protección laboral dice relación con las condiciones de trabajo mínimas bajo las cuales debe desenvolverse la vinculación existente entre empleadores y trabajadores. En dicha salvaguardia confluyen una serie de intereses sociales (Estado y partes de la relación laboral) a los cuales importa el mantenimiento de los puestos de trabajo y el dinamismo de la economía del mercado de trabajo.

Así las cosas, el fenómeno del desempleo plantea una serie de desafíos que deben ser adoptados por todos los actores socialmente determinantes en el marco del Derecho del Trabajo. El desempleo constituye un riesgo social que enfrentan los trabajadores y sus familias. Sin mecanismos de seguro y de protección el sistema laboral se volvería indolente ante la contingencia de la cesantía.

Por tanto, la protección contra el desempleo, tal y como tuvimos oportunidad de precisar reconoce dos facetas distintas.

La primera, se manifiesta en mecanismos generales de protección, dentro de los cuales se ubican los Convenios y Recomendaciones de la OIT, en la medida en que éstas constituyen claras directrices interpretativas y resolutivas de los conflictos del trabajo, además de servir de apoyo sustantivo para las decisiones judiciales.

En segundo lugar, la tutela en contra del desempleo se verifica a través de mecanismos especiales de protección, de entre los cuales destacan los sistemas indemnizatorios por término de contrato, de seguro de cesantía y de reintegro.

Ahora bien, así como el sistema jurídico-laboral no puede sino proteger al trabajador ante la desigualdad planteada por el contrato de trabajo y ante el fenómeno del desempleo, también debe proveer las condiciones legales y objetivas bajo las cuales el empleador puede ejercer las atribuciones que el propio sistema ha reconocido en aras del ejercicio de los poderes de organización y dirección de su empresa.

En el citado orden de ideas, existe una imperiosa necesidad de equilibrar la protección de intereses de las partes de la relación laboral. Esto, teniendo en consideración que la protección de la parte más débil del contrato de trabajo sentó las bases axiomáticas del apartamiento del Derecho del Trabajo, como una rama independiente y autónoma respecto del Derecho común. No parece ortodoxo volcar la tutela del interés del trabajador hacia una cima de poderíos infranqueables y, así, resultar en la desprotección arbitraria y *contra legem* del empleador.

Por tanto, resulta ineludible convenir el necesario reconocimiento de la empresa como fuente de empleo y como una realidad que requiere del ajuste de sus operaciones a las demandas impuestas por el mercado en el cual se desenvuelve, razón por la cual el empleador debe flexibilizar su plantilla de personal a los requerimientos devengados por los estándares de productividad. Así las cosas, la necesidad de contar con mercados de trabajo más flexibles dio lugar a un movimiento generalizado de coordinación centrado mayoritariamente en los costos que se derivan de la aplicación de la legislación de protección del empleo.

Sin embargo, tal y como prevenimos en la presente investigación, debe tenerse presente que la recepción de la teoría de la flexibilidad laboral no pretende, en ningún caso, desproteger al trabajador, sino que, por el contrario, coordinar las garantías que ofrece el orden jurídico en contra del desempleo con la movilidad empresarial requerida por los motivos objetivos que se devengan a partir de su funcionamiento u organización; contexto en el que incluso la OIT ha reconocido la necesidad de conciliar los intereses envueltos en el seno de las relaciones laborales, limitando los efectos nocivos del despido mediante la institución del despido

injustificado, así como también a través de las indemnizaciones laborales y del sistema de seguridad social.

En consecuencia, no parece correcto desconocer una de las realidades imperantes en nuestros estrados cuando de resolver conflictos laborales por despido se trata: el empleador ve limitado el ejercicio de sus facultades legales y restringidas en desmedro de la casi invariable declaración de improcedencia y falta de justificación del despido. La anotación precedente se ve agravada en el caso del despido por necesidades de la empresa.

Así las cosas, la externalización absoluta con que los tribunales de justicia han venido transitando hacia la ineficacia de la causal del despido del artículo 161 del Código del Trabajo, torna superfluas las facultades del empleador.

Aun cuando las motivaciones y antecedentes en los cuales se sustenta la separación de uno o más trabajadores, por necesidades de la empresa, no puede tenerse por justificado si alberga la intención empresarial de ocultar el libre despido o un despido arbitrario y vulneratorio de las garantías fundamentales del trabajador, lo cierto es que la acreditación de las circunstancias económicas que imponen la necesidad del despido debe arrojar la declaración de procedencia y justificación de la terminación del vínculo laboral.

En razón de lo anterior es que resulta insostenible mantener una interpretación judicial de la aplicación de la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio al alero de la configuración del estándar el caso fortuito. Se opone a lo anterior la interpretación de nuestros tribunales en donde considera que las desavenencias económicas que provienen de una mala administración empresarial no pueden configurar la causal del artículo 161 del Código del ramo.

El ejercicio del despido por causales económicas constituye una herramienta al servicio de la empresa, como fuente de empleo, en pos de flexibilizar la

organización humana que la integra, así como también de resguardar los factores de subsistencia, productividad y competitividad empresarial.

En efecto, los elevados costes del despido en sistemas como el nuestro, generan consecuencias indeseadas por la rama tutelar del Derecho del trabajo, tales como el aumento de los índices de desempleo, la preferencia por contrataciones temporales, la evasión de la contratación laboral cuando existe dicha alternativa y la inseguridad jurídica, tal y como ha demostrado experiencias comparadas en donde el despido se vislumbra desde una perspectiva social.

En otros términos, no es válido sostener un régimen judicial de inaplicabilidad de la causal de despido por necesidades de la empresa bajo las premisas de abuso del derecho y de simulación del libre despido, en la medida en que la estabilidad laboral no se ve conculcada ante la flexibilidad exigida por las contingencias técnicas o económicas que afectan a la empresa y que requieren la separación de uno o más trabajadores; estabilidad laboral de carácter relativa, por lo que el principio en virtud del cual se sostiene el derecho del trabajador de conservar su empleo, cede ante la necesidad de la empresa de separarlo, bajo autorización del legislador laboral.

En suma, la flexibilidad laboral apunta hacia la capacidad de los individuos en la economía y en particular en el mercado de trabajo de renunciar a sus costumbres y de adaptarse a nuevas circunstancias.

De lege ferenda, es de esperar que los actores laborales, en especial aquellos compuestos por nuestros jueces, se vean limitados a aplicar la ley sin adicionar requisitos no contemplados por el legislador en el marco de la procedencia de las causales de despido y, particularmente, en torno a un instrumento flexibilizador de la realidad laboral como es la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, que sólo en la Región Metropolitana alcanza porcentajes de rechazo cercanos al 90%, vicio que está comenzando un aparente camino correctivo en manos de los tribunales a quo, tal y como veíamos respecto de la sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (Sentencia ROL N° T-536-2017) de 20

de octubre de 2017, en cuya virtud tuvo por configurada la causal objeto de nuestro estudio, a través del análisis de los efectos de la externalización de los servicios en el plano de los despidos de que fueron objeto los trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

- Actas de la Comisión Ortúzar, Tomo XI, Sesión 384^a, celebrada el 14 de junio de 1978.
- AGUILAR CAVALLO, G. y CONTRERAS ROJAS, C. (2007). El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile. *Revista Ius et Praxis* 13(1): 205-243.
- ALARCÓN CARCUEL, M. (1986). La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. *Revista Española de Derecho del Trabajo* (28): 495-544.
- ALBORNOZ, M. (2002). La reforma laboral no buscaba cumplir un solo objetivo. *Revista Temas Laborales* 7(19): 1-5.
- ALDUNATE H., J.M. (2017). *La causal de despido por necesidades de la empresa*. Serie Informe Justicia (16). Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo.
- ALONSO OLEA, M. (1981). *Introducción al Derecho del Trabajo*. 4^a Edición. Madrid: Editorial Edersa.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2009). Informe sobre la regulación del despido en Europa. *Revista Temas Laborales* (99): 259-297.
- ALVEAR TÉLLEZ, J. (2015). Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica. Un paradigma a desarrollar. *Revista Estudios Constitucionales* 13(1): 321-372.
- ÁVILA SALCEDO, L. (2008). Perspectiva de la flexibilidad de la relación de trabajo ante los cometidos de la Organización Internacional del Trabajo. *Revista Iuris Tantum* (19): 3.17.
- Banco Mundial. (2002). Reglamentos de protección del empleo Normas para la contratación y terminación de la relación de trabajo. *Cuadernos de Políticas de Empleo* (1): 1-8.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2015). *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*. Lima: Palestra Editores.
- BOZA PRÓ, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. *Revista Thēmis* (65): 13-26.

- BRONFMAN, A. et al. (2012). *Constitución Política comentada. Parte dogmática. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot.
- CAAMAÑO ROJO, E. (2004). La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del Derecho del Trabajo. *Revista Laboral Chilena*, Parte I: 61-72.
- CAMACHO RAMÍREZ, A. (2013). Flexibilización sin precarización: estrategias para prevenir la precarización en la era de la modernización económica. *Revista Criterio Jurídico* 13(2): 11-33.
- Cámara de Diputados. (2017). Proyecto de Ley que Modifica el Código del Trabajo en lo que respecta a la causal de despido consistente en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio. Boletín N° 11.274-13, artículo único.
- CASTORENA, J. J. (1964). *Manual de Derecho Obrero*. 4ª edición. México: s.p.i.,p.
- CEACR. (2001). Observación general sobre el Convenio núm. 158.
- COWAN, K. (2007). ¿Estabilidad del empleo o del ingreso? Análisis del sistema de protección contra el desempleo en Chile. *Revista Estudios Públicos* (105): 173-203.
- DAHRENDORF, R. (1986). *La flexibilidad del mercado de trabajo*. Colección Informes OCDE. Madrid: MTSS.
- DÁVALOS, J. (2003). *Derecho individual de trabajo*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- DE LA CUEVA, M. (1965). *Síntesis derecho del trabajo*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Departamento de Estudios de la Corporación de Asistencia Judicial. (2012). Ajenidad y riesgo empresa. *Boletín Laboral* (1): 1-11.
- Diccionario de Economía Política de Borísov, Zhamin y Makárova. (2009). México D.F.: Editorial Grijalbo.
- Diccionario Laboral. Con conceptos laborales de la legislación mexicana, española y estadounidense. (2013). *Indemnización por despido*. Coyoacán, Raúl Juárez Carro Editorial.
- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. (2014). Vigésimo Tercera Edición.

- Dirección del Trabajo. (2010). *La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores*. Santiago: Ediciones Dirección del Trabajo.
- ECHEVERRÍA M, y LÓPEZ, D. (2004). *Flexibilidad laboral en Chile: las empresas y las personas*. Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo.
- El Mercurio. (2017). *Necesidades de la empresa: causal tendrá pronta interpretación de la Suprema*. Economía y Negocios Online, 28 de agosto de 2017.
- ENGUITA, M. (1985). El problema del trabajo productivo. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (30): 93-147.
- ERMIDA URIATE, O. (1990). La flexibilidad del derecho laboral en algunas experiencias comparadas. *Revista Ius et Veritas* (4): 12-19.
- EVANS DE LA CUADRA, E. (1986). *Los derechos constitucionales*. Santiago: Editorial Jurídica.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (2011). *Derecho Constitucional Económico*. Tomo II. Santiago: Ediciones Universidad Católica.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (2000). El orden público económico bajo la Constitución de 1980. *Revista Ius Publicum* (4): 63-78.
- FERREIRA POZZI, J. (2016). Despido abusivo: ¿cómo influye en la indemnización por despido?. *Revista Mondaq Business Briefing*: 1-4.
- FIGUEROA YÁÑEZ, G. (2011). *Curso de Derecho Civil*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GAMONAL CONTRERAS, G. (2014). *Fundamentos de derecho laboral*. Santiago: Editorial Legalpublishing.
- GAMONAL CONTRERAS, S. (2004). La libertad de trabajo y el principio de no discriminación en la Constitución. *Revista Laboral Chilena*: 62-72.
- GAMONAL CONTRERAS, S. (2011). *Trabajo y Derecho*. Santiago: Editorial Legalpublishing.
- GONZÁLEZ, M.C. (2006). Flexibilización de las relaciones laborales. Una perspectiva teórica postfordista. *Revista Gaceta Laboral* 12(1): 33-68.

- GRANDA VIVEROS, M. (2007). *Fundamentos de la legislación laboral*. Medellín: Instituto Tecnológico Metropolitano.
- HORI ROBAINA, G. (1998). Historia de Derecho del Trabajo. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* (3): 59-74.
- HUMERES NOGUER, H. (2010). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HUMERES NOGUER, H. (2010). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HUMERES NOGUER, H. (2003). Corte Suprema, 12 de agosto de 2003. Vargas Álvarez, Claudio con Sociedad Industrial Panificadora y Comercial. El 25 Limitada (casación en el fondo). *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (2): 114-118.
- IBARRA CISNEROS, M. (2010). Flexibilidad laboral en Iberoamérica: un análisis comparado. *Revista Estudios Fronterizos* 11(21): 81-106.
- IBARRA CISNEROS, M. y GONZÁLEZ TORRES, L. (2009). La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo. *Revista Contaduría y Administración* (231): 33-52.
- IRURETA URIARTE, P. (2013). El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa. *Revista Estudios Constitucionales* 11(2): 369-424.
- JIMÉNEZ BOLAÑOS, J. (2010). Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual. *Revista de Ciencias Jurídicas* (123): 69-98.
- LAVIGNE, P. (1946). *Le Travail dans les constitutions françaises*. París, tesis doctoral, facultad de Derecho de la Universidad de París.
- Libertad y Desarrollo. (2017). Despido por necesidades de la empresa. *Revista Libertad y Desarrollo* (286): p27-28.
- LÓPEZ OLIVA, J.O. (2010). La Constitución de Weimar y los derechos sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud. *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores* 13(26): 233-243.

- LÓPEZ ONETO, M. (2013). *El principio de protección a la fuente de empleo en Chile*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- LÓPEZ ONETO, M. (2014). La metamorfosis del trabajo: del trabajo al empleo. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 5(9): 141-166.
- LÓPEZ ONETO, M. (1999). *Flexibilidad laboral chilena y principio de protección a la fuente de empleo. Algunas hipótesis*. Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Aportes al Debate Laboral (8): 48 p.
- MAFFEO, A.J. (2003). La guerra de Yom Kippuer y la crisis del petróleo de 1973. *Revista Relaciones Internacionales* (25): 2-6.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. (1996). *La nueva regulación de la movilidad funcional*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A.
- MARTÍNEZ PASTOR, J.I. (2011). La flexibilidad laboral: significados y consecuencias. *Revista Política y Sociedad* 48(2): 381-402.
- MÁRQUEZ COVARRUBIAS, H. (2010). Crisis del sistema capitalista mundial: paradojas y respuestas. Polis. *Revista de la Universidad Bolivariana* 9(27): 435-461.
- MIZALA, A. y ROMAGUERA, P. (2000). La legislación laboral y el mercado de trabajo en Chile: 1975-2000. *Documentos de Trabajo, Serie Economía*, Centro de Economía Aplicada de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Chile.
- MOLINA GUAITA, H. (2011). *Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (2003). Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico. *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*: 73-156.
- MONTEIRO PESSOA, R. (2013). EL interés económico de las partes y el incumplimiento contractual. *Revista de Derechos Fundamentales* (10): 85-105.
- MONTT BALMACEDA, M. (1998). *Principios de derecho internacional del trabajo, la OIT*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MORENEO PÉREZ, J. L. (1996). *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.

- MUHL, C. (2001). The employment-at-will doctrine: three major exceptions. *Monthly Labor Review* (1): 3-11.
- OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (2014). La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: revisión crítica. *Revista Themis* (65): 41-51.
- Organización Internacional del Trabajo. (2013). La Revista Internacional del Trabajo y la OIT fragmentos de su historia. *Revista Internacional del Trabajo* 132: 1-120.
- Organización Internacional del Trabajo. (2009). *Conocer los derechos fundamentales en el trabajo*. Primera Edición. San José: Ediciones Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2009). *Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo*. San José: Ediciones Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2001). *Memoria del Director General. Reducir el déficit de trabajo decente - un desafío global*. San José: Ediciones Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (1946). *Tercera Conferencia Regional Americana*. En: Ciclo Internacional de Relaciones de Trabajo, Montevideo, del 8 al 12 de noviembre de 1960.
- OSTAU DE LAFONT DE LEÓN, R. (2011). La filosofía del derecho y el mundo del trabajo. *Revista Diálogo de Saberes* (34): 115-126.
- PALAVECINO CÁCERES, C. (2013). Comentario sobre el fallo del Tribunal Constitucional sobre los tiempos de espera. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 4(7): 295-305.
- PEÑA BORGOGNO, L. (2013). *Análisis de los efectos de la Revolución Islámica en la formulación de la política exterior de Irán hacia Estados Unidos, durante el periodo postrevolucionario*. Tesis para optar al grado de Internacionalista, Bogotá, Facultad de Relaciones Internacionales Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 60 p.
- PÉREZ DE VILLARREAL, J. (1991). La economía mundial en los años ochenta y la política económica de los noventa. *Revista Ekonomiaz* (20): 200-217.

- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (2015). *Los principios del Derecho del Trabajo*. 4ª Edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- PONS RAFOLS, X. (1998). *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*. Barcelona: Icaria Editorial S.A.
- PRIETO RODRÍGUEZ, C. (1989). ¿Mercado de trabajo?. *Centro de Investigaciones Sociológicas* (47): 177-192.
- QUINTANA HERNÁNDEZ, J. (2012). ¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación?. *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak* (26): 131-159.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (1)2014: 17-20.
- RECIO, Albert. (1994). Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral). *Cuadernos de Relaciones Laborales* 5: 57-74.
- RIBERA NEUMANN, T. (2006). *La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo*. Sentencias Destacadas 2006. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo.
- ROJAS MIÑO, I. (2015). *Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- ROJAS MINO, I. (2014). La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido. *Revista Ius et Praxis* 20(1): 91-122.
- RUSSOMANO, M.V. (1998). *Derecho del trabajo en el S. XX*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: 815-851.
- SAAVEDRA CHANDUVÍ, J. et al. (2000). *Estabilidad laboral e indemnización: efecto de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano*. Lima: Consorcio de Investigación Económica.
- SANDOVAL LÓPEZ, R. (2009). *Derecho Comercial*. Tomo I, Vol. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- THAYER ARÉVALO, W. y NOVOA FUENZALIDA, P. (2009). *Manual de Derecho del Trabajo. Tomo IV. Derecho Individual de Trabajo (Continuación) y Derecho Procesal del Trabajo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- THAYER ARÉVALO, W. y NOVOA FUENZALIDA, P. (2008). *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo II. 5ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- THAYER ARTEAGA, W. (1994). Legislación laboral y su impacto en la productividad y calidad de vida. *Revista Chilena de Derecho* 21(1): 9-34.
- THAYER, W. y NOVOA, P. (1993). *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TOVAR, J. (2013). Las causas de despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa. *Revista de Derecho Social, España*, (57): 145-164.
- TREJO SÁNCHEZ, K. (2011). Estabilidad en el empleo y despido individual en la legislación mexicana. *Revista El Cotidiano* (170): 79-87.
- UGARTE CATALDO, J. L. (2007). *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago: Editorial LexisNexis.
- UGARTE CATALDO, J.L. (2005). La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo. *Gaceta Laboral* 11(1): 23-50.
- VEGA, H. (2001). El milagro holandés en la lucha contra el desempleo. *Revista Mensaje*: 25-28.
- VIVANCO MARTÍNEZ, A. (2006). *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Tomo II. 2ª Edición ampliada. Santiago: Ediciones Universidad Católica.
- YÁÑEZ, S. (1999). *Consideraciones sobre flexibilidad laboral planteadas desde una mirada de género*. En: *Sindicalismo, género y flexibilización en el Mercosur y Chile. Inserción laboral femenina*. Fundación Friedrich Ebert (Representación Chile) y Centro de Estudios de la Mujer (CEM). Santiago: Ensignia, J. y S. Yáñez Editores.
- ZACHERT, U. (2007). La estructura de las relaciones laborales en Alemania. *Revista AFDUDC* (11): 1029-1040.

JURISPRUDENCIA CITADA

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia ROL N° T-536-2017, de 20 de octubre de 2017.

Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia ROL N° O-6894-2016, de 13 de junio de 2017.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia ROL N° 3-2017, de 7 de febrero de 2017.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 33218-2016, de 21 de diciembre de 2016.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 31166-2016, de 19 de diciembre de 2016.

Juzgado de Letras de Tomé, Sentencia ROL N° T-1-2016, de 5 de diciembre de 2016.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia ROL N° 112-2016, de 10 de noviembre de 2016.

Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia ROL N° 109-2016, de 3 de noviembre de 2016.

Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Sentencia ROL N° O-621-2016, de 25 de octubre de 2016.

Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia ROL N° 179-2016, de 27 de julio de 2016.

Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, Sentencia ROL N° O-44-2016, de 4 de junio de 2016

Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, Sentencia ROL N° O-625-2015, de 1 de junio de 2016.

Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Sentencia ROL N° O-1022-2015, de 27 de abril de 2016.

Corte de Apelaciones de Chillán, Sentencia ROL N° 21-2016, de 14 de abril de 2016.

Corte de Apelaciones de Concepción, en Sentencia ROL N° 30-2016, de 11 de abril de 2016.

Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, Sentencia ROL N° O-136-2015, de 24 de julio de 2015.

Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Sentencia ROL N° O-335-2014, de 7 de abril de 2015.

Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, Sentencia ROL N° T-23-2014, de 16 de marzo de 2015.

Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Sentencia ROL N° S-15-2014, de 6 de marzo de 2015.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 350-2003, de 8 de marzo de 2014.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 5967-2013, de 5 de marzo de 2014.

Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia ROL N° 1279-2013, de 17 de enero de 2014.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 8435-2010, de 22 de junio de 2011.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 5429-2010, de 23 de noviembre de 2010.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 5162-2010, de 3 de noviembre de 2010.

Corte Suprema, en Sentencia ROL N° 3800-2010, de 22 de septiembre de 2010.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 3135-2010, de 10 de agosto de 2010.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4123-2009, de 29 de septiembre de 2009.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4893-2009, de 31 de agosto de 2009.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 1412-2009, de 23 de julio de 2009.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 2946-2009, de 24 de junio de 2009.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 7182-2008, de 26 de enero de 2009.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 2164-2008, de 30 de julio de 2008.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 1472-2008, de 18 de junio de 2008.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 187-2008, de 16 de abril de 2008.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 854-2002, de 18 de junio de 2002.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 927-2001, de 12 de julio de 2001.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 3803-2000, de 28 de noviembre de 2000.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 33.781-1995, de 17 de diciembre de 1996.

SITIOS WEB

Biblioteca Congreso Nacional. (s/a). Periodo 1973-1990. Régimen Militar. Historia Política [en línea] https://www.bcn.cl/historiapolitica/hitos_periodo/detalle_periodo.html?per=1973-1990 [consulta: 18 julio 2017].

Fundación 1° de Mayo. (2012). El modelo de despido en la Unión Europea. Elementos clave para la comparación de los distintos modos de despido en la unión europea [en línea] <<http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/InformeDespido.pdf>> [consulta: 2 septiembre 2017].