



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD

SOCIAL

EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL NO DISCIPLINARIO COMO CAUSAL
DE DESPIDO SEGÚN EL ARTÍCULO 160 N° 7 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

Actividad formativa equivalente a tesis para optar al grado de Magíster en
Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Felipe Eduardo Navarrete Peña

Profesor Guía: María Cristina Gajardo Harboe

Santiago, Chile 2021

A la pandemia, que hizo de esta tarea un Everest.

A Barbara, Clemente y Estela, que hicieron posible alcanzar su cima.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. EL DESPIDO COMO EJERCICIO DE LAS FACULTADES RECONOCIDAS AL EMPLEADOR.....	4
I.1. El despido como manifestación de la libertad de empresa.....	4
I.2. La libertad de trabajo en la Constitución	13
I.3. Excepciones a la eficacia del despido	23
CAPÍTULO II. LA CAUSAL DE INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES QUE IMPONE EL CONTRATO DE TRABAJO.....	28
II.1. La causal de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo.....	28
II.2. Sobre su caracterización como norma residual.....	31
II.3. Manifestación máxima del poder contractual del empleador.....	37
II.4. La causal de incumplimiento grave desde la perspectiva del trabajador como fundante del despido indirecto.....	44
II.5. Algunos casos de incumplimientos contractuales en la jurisprudencia.....	52
II.6 Consecuencias. Despido injustificado o incausado.....	55

CAPÍTULO III. LAS NECESIDADES DE LA EMPRESA COMO JUSTIFICACIÓN EXTERNA DEL DESPIDO Y LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIOS.....	60
III.1. Las necesidades de la empresa en su actual conceptualización jurisprudencia: justificación externa para el despido.....	60
III.2. Regulación legal de la indemnización por años de servicios.....	65
III.3. La indemnización por años de servicios en la ley laboral.....	74
III.4. Dimensión económica. La provisión de la indemnización por años de servicios.....	79
III.5. Entre el despido disciplinario y el despido por necesidades de la empresa. Decisión económica.....	85
CONCLUSIÓN.....	88
BIBLIOGRAFÍA	93

INTRODUCCIÓN

La inquietud que motiva el presente trabajo se vincula con establecer, a propósito de la invocación de la causal de despido del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, si dicha causal puede configurarse merced a incumplimientos no sólo relacionados con el ejercicio del poder disciplinario del empleador, sino a otro tipo de inobservancias contractuales.

Cualquiera que haya ejercido la práctica forense en el ámbito de las relaciones laborales habrá tenido la oportunidad de constatar que la mayoría de las veces las motivaciones para un despido se vinculan a un asunto económico, que no será siempre una necesidad en los términos de la causal del artículo 161 del Código del Trabajo; o a un aspecto disciplinario que a su vez tiene dos propósitos: castigar una conducta llevada a cabo por un trabajador en el caso concreto, y disuadirla en el resto de sus compañeros de labores.

Dicha decisión es a menudo mediatizada por consideraciones que preliminarmente denominaremos económicas; limitándose la intervención de los operadores jurídicos a encuadrarla dentro de alguna de las hipótesis legales y a satisfacer los requisitos formales exigidos por ley.

Mediante este trabajo se intentará acreditar la siguiente hipótesis: que el despido por incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo puede referirse a obligaciones contractuales distintas de aquellas vinculadas a la potestad disciplinaria del empleador, a la que históricamente se la ha vinculado, y constituye más bien una causal independiente, con fisonomía y requisitos propios, y de tésitura abierta, distinta a las del resto del artículo 160 del Código del Trabajo, donde está inserta.

Con este objeto se abordará el despido disciplinario, en particular la causal que habilita ejercerlo frente al incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, que constituye su marco de referencia y la justificación de su existencia; luego se analizarán sus consecuencias jurídicas y económicas, para aventurarse con una definición novedosa. También se efectuará un análisis del despido por necesidades de la empresa y de la indemnización por años de servicios desde una óptica jurídica y económica, poniendo de relieve que se trata de una causal de origen externo a la empresa que la invoca, como contraste a la causal de incumplimiento grave, para finalizar con nuestras conclusiones y verificar la veracidad de la hipótesis, revisando alguna jurisprudencia en el sentido propuesto.

Excede de los contornos de este trabajo verificar si ese modo de proceder constituye una maniobra de fraude legal, o cuando menos de elusión de ley; y

en la afirmativa, cuál sería la manera de abordar judicialmente dichos reparos y cuáles serían sus efectos.

I. PRIMERA PARTE. EL DESPIDO COMO EJERCICIO DE LAS FACULTADES RECONOCIDAS AL EMPLEADOR.

1. EL DESPIDO COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.

El contrato de trabajo es bilateral: nace del concurso de voluntades entre un empleador y un trabajador acerca de un aspecto bien específico: la prestación de servicios bajo dependencia y subordinación contra el pago de una remuneración, en los términos formulados por el artículo 7º del Código del Trabajo: “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 determinada”.

Su terminación, sin embargo, no obedece a las reglas que generalmente rigen las relaciones jurídicas de naturaleza bilateral.

En efecto, si bien el Código del Trabajo señala que el contrato de trabajo terminará por mutuo acuerdo de las partes (art. 159 N° 1), esa forma de

extinción del vínculo no entraña relevancia jurídica, salvo en cuanto su espontaneidad sea debatida¹.

Lo que diferencia al contrato laboral de otros vínculos, en este apartado, es la posibilidad que una de las partes le ponga término, incluso atribuyéndole culpa a la otra, sin autorización previa. Se trata de un acto que descansa en el poder que el legislador laboral le reconoce a una de las partes, afincado en las garantías constitucionales de libertad de empresa y, en último término, en el derecho de propiedad, que ejercido de la forma regulada en la forma en el Código del Trabajo, tiene plena eficacia.

El artículo 19 N° 21 de la Constitución, que le asegura a todas las personas “[e]l derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”, constituye la piedra angular sobre la que se despliega el empresario, incluyendo pero no limitado a su faz de empleador².

¹ Aspecto seguramente previsto por el legislador y que explica las exigencias del artículo 177: “El finiquito, la renuncia y el mutuo acuerdo deberán constar por escrito. El instrumento respectivo que no fuere firmado por el interesado y por el presidente del sindicato o el delegado sindical respectivos, o que no fuere ratificado por el trabajador ante el inspector del trabajo, no podrá ser invocado por el empleador”.

² Para la definición de empleador en nuestra legislación, véase IRURETA URIARTE, P. 2014. La noción jurídica de empleador ante el Derecho del Trabajo, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLII. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 251-282.

En consecuencia, si bien esta garantía no alude al empleador propiamente tal, sí se ha entendido que cuando el empresario, al decir de la letra A del artículo 3° del Código del Trabajo, utilice “los servicios intelectuales o materiales, bajo dependencia y subordinación y en virtud de un contrato de trabajo” de un trabajador y se constituya así en empleador, está actuando dentro de los márgenes de la misma y, por lo tanto, el ejercicio de las prerrogativas que la Constitución le concede en cuanto factor de empresa incluye las que son propias de quien se desempeña como empleador. Así, IRURETA sostiene que “[a]un cuando [el artículo 19 N° 21 de la Constitución] no establece una definición directa de la figura del empresario, ni tampoco de la empresa, la norma del artículo 19 N° 21 CPR sí plantea las directrices necesarias para su configuración, regulando de paso el fundamento jurídico constitucional de la actividad empresarial de los individuos”³, lo que se traduce en los “derechos que asume el empresario en tanto empleador. En efecto, muchas de las facultades que éste adquiere en el ámbito de las relaciones laborales se pueden explicar de manera importante (aunque no exclusiva) desde la óptica de la libertad establecida en el artículo 19 N° 21 CPR... Parte importante de esas facultades organizativas permiten configurar al empleador no sólo como un acreedor de trabajo sino que, también y ante todo, como un titular que puede

³ IRURETA URIARTE, P. 2014. El núcleo laboral del Derecho Constitucional a la Libertad de Empresa, en Estudios Constitucionales, Año 11, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Talca, Universidad de Talca, p. 370.

dirigir tanto las singulares prestaciones de trabajo como la organización general de la empresa”. Agrega que “el artículo 19 N° 21 CPR permite comprender el ejercicio de poderes y facultades íntimamente vinculadas a la condición de empleador y que, probablemente, no podrían entenderse de manera completa con la mera referencia de la libertad de trabajo (art. 19 N° 16 CPR). De allí la importancia de reconocer que, dentro del contenido esencial de la libertad de empresa, cohabitan un conjunto de derechos de carácter laboral que explican la idea jurídica de empleador”⁴.

De este modo, el poder disciplinario que se le atribuye al empleador encuentra fundamento “y su justificación en los mismos preceptos constitucionales que el poder de dirección, lo que encuentra su razón de ser en que ambos persiguen tutelar el interés del empleador. Si bien la Constitución Política no se ocupa directamente del poder disciplinario ni del poder de dirección, incluye varios preceptos en los que puede encontrar fundamento para el poder disciplinario. Así, tiene el artículo 19 N° 21, que garantiza todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, y el N° 24 del mismo precepto, que regula el derecho de propiedad”⁵.

⁴ IRURETA URIARTE, P., op. cit., p. 382.

⁵ FERNÁNDEZ TOLEDO, R. 2017. El Poder Disciplinario del Empleador. Chile, Editorial Thomson Reuters, pp. 6—33.

La Dirección del Trabajo, por su parte, ha sostenido que “al empleador le es reconocido el ejercicio de una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador. Estas facultades, que responden a lo que genéricamente se denomina poder de dirección, comprendiendo en este concepto amplio tanto el poder de dirección *strictu sensu* como el disciplinario”⁶.

Agrega que “mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha facultad se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y honra de las personas”⁷.

⁶ Dirección del Trabajo, Ord. N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002, y Ord. N° 2210/035, de 10 de junio de 2009.

⁷ Dirección del Trabajo, Ord. N° 8005, de 11 de diciembre de 1995, y Ord. N° 287/14, de 11 de enero de 1996.

A nivel legal, el poder de dirección y disciplina del empresario en su dimensión empleadora encuentra expresa consagración en diversas normas del Código del Trabajo: por ejemplo, cuando al definir empresa, en su artículo 3º, inciso tercero, refiere que se entenderá por esta “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”; cuando en su artículo 4º señala que se presume de derecho que representa al empleador “la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica”; y cuando se le reconoce en su artículo 5º la titularidad de facultades al empleador con “límite [en] el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

La manifestación más poderosa de estas facultades se encuentra en el artículo 160 del Código del Trabajo, en cuanto dicha norma radica en el empleador la posibilidad de afinar “sin derecho a indemnización alguna” el vínculo laboral, cuando al efecto invoque alguna de las causales que luego señala.

La singularidad de esta forma de término unilateral de un vínculo esencialmente bilateral, que descansa en una de las partes, ha sido puesta de relieve, explicándosela como “un poder que no existe en ninguna otra relación jurídica

privada que comprenda la prestación de servicios personales, cuya característica esencial radica en la circunstancia que una de las partes tiene la facultad de imponer limitaciones privadas a la otra parte, siendo el fundamento inmediato de ello, la existencia de una relación laboral, que normalmente adopta la forma de contrato individual de trabajo, y el supuesto desencadenante de la comisión de una falta laboral por el trabajador dependiente. El contrato de trabajo es uno de los pocos contratos (posiblemente el único contrato de prestación de servicios personales) en cuyo ámbito uno de los contratantes (el empleador) está dotado del poder de imponer a su socio contractual una pena privada”⁸, cuya fuente arranca, en términos generales, de la ley. En particular, FERNÁNDEZ TOLEDO reenvía a la norma genérica del artículo 1546⁹ del Código Civil para explicar que obligaciones que no forman parte del contenido especificado en el contrato de trabajo, sean igualmente susceptibles de ser castigadas por el empleador, argumentando que “[e]l trabajador se encuentra obligado a cumplir diversas obligaciones que tienen fuentes diversas, de manera que el fundamento unitario del poder disciplinario no puede ser nunca solamente el contrato, sino una fuente heterónoma de integración del mismo, entre las que se incluye la ley, la que engloba la negociación colectiva y el

⁸ FERNÁNDEZ TOLEDO, R. op. cit., p. 6.

⁹ “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

reglamento interno”¹⁰. Así, sostiene el mismo autor, el despido se erige como un acto de “autotutela privada”¹¹ cuyo ejercicio se caracteriza por ser el de un “derecho potestativo”¹².

No obstante, entender y definir como un mero acto de autotutela el poder disciplinario del empleador ejercido en el despido (lo que sin duda contribuye a delimitar los contornos dentro de los cuales su ejercicio se realiza con arreglo a derecho, es decir, como expresión de un bien de relevancia jurídica al que el legislador le ha asignado tal valor, que le adscribe la posibilidad que su titular ejerza un castigo a su contraparte incumplidora), oscurece o soslaya al menos tres asuntos de relevancia: (i) que las obligaciones cuyo incumplimiento autorizan la exoneración provienen del propio empleador; (ii) que dicha medida resulta igualmente eficaz aun cuando *a posteriori* se declare por un juez su ejercicio injustificado; y (iii) su dimensión política, que se manifiesta en que “(...) el momento culminante en el ejercicio del poder empresarial es aquel momento donde se actualiza su capacidad para dejar sin trabajo a otro”¹³, de modo que el despido es “aquel acto de poder por definición de un empleador”¹⁴.

¹⁰ FERNÁNDEZ TOLEDO, *op. cit.*, p. 16.

¹¹ *Ibidem*, p. 17.

¹² *Ibidem*, p. 19.

¹³ UGARTE CATALDO, J. L. 2014. Derecho del Trabajo, Invención, Teoría y Crítica. Santiago, Thomson Reuters, p. 84.

¹⁴ *Ibidem*, p. 90.

Son estas dimensiones del despido, al menos en nuestro ordenamiento, las que me permiten prefigurarlo simplemente como una manifestación de las garantías constitucionales de propiedad y de libertad de empresa, principalmente porque su eficacia práctica no está sujeta a la verificación de su ejercicio con arreglo a derecho. Refuerzan este entendimiento las normas que con carácter excepcional prohíben el despido o declaran sus ineficacia, las que se abordarán en lo sucesivo.¹⁵

Esta constatación es relevante porque permite cuestionar si efectivamente el despido por una causal subjetiva, que atribuye culpa al otro —en concreto, la de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo—, puede ocultar en realidad otros fines, en particular a partir del primero de los

¹⁵ En igual sentido, aunque con una connotación acaso más política: ROJAS MIÑO, I. 2013. La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLI. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 126: “El ordenamiento jurídico actualmente vigente —es decir, el impuesto por el “Plan Laboral”, modificado por las sucesivas reformas laborales y cuyo régimen jurídico se establece en el Código del Trabajo de 2003, actualizado al año 2012, plantea un sistema bastante flexible y, desde otra perspectiva, una estabilidad laboral bastante precaria, toda vez que no establece exigencia alguna para los despidos colectivos y si bien la terminación del contrato de trabajo a nivel individual por iniciativa empresarial está sujeta a concretas exigencias, éstas se restringen en definitiva al pago de una indemnización a cargo del empleador, salvo los casos de despido lesivo a derechos fundamentales y de vulneración del fuero laboral, en los que en determinados supuestos debiera quedar sin efecto el despido”.

cuestionamientos señalados: si es el propio empleador el que define de manera preferente las obligaciones cuyo incumplimiento podrá luego castigar con el despido, su utilización podría servir para autotutelar las demás garantías que componen el poder de dirección y mando, y no sólo el espectro comprendido por su poder disciplinario. En lo que interesa a este trabajo, se explorará la utilización de dicha causal frente a incumplimientos contractuales no disciplinarios, es decir, poniendo como ejemplo otros casos en que la justificación de la extinción del vínculo no reposa sobre un castigo ejercido por el empleador, [v.gr.](#), incumplimientos productivos -baja de producción culpable del trabajador-, incumplimientos en materia de higiene y seguridad, e incumplimientos de la jornada de trabajo o atrasos reiterado.

2. LA LIBERTAD DE TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN.

La Constitución consagra la garantía de “libertad de trabajo y su protección” en su artículo 19 N° 16, cuyo contenido fuera tempranamente conceptualizado como bifronte o de doble faz: por una parte, se reconoce una protección hacia el empleador en cuanto a que no le será impuesto un trabajador; y por otra, como garantía hacia el trabajador, no sólo en cuanto no le será impuesto un trabajo forzoso o esclavo, sino que queda tutelado también el trabajo propiamente tal. Así, se protege tanto la libertad del trabajo como el trabajo

mismo: “[l]a protección constitucional del trabajo del artículo 19 Nro. 16 de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado”¹⁶. En igual sentido, El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente¹⁷ que “[l]a protección constitucional del trabajo del art. 19 N° 16 de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral... la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado”.

¹⁶ BULNES, L. 1980. La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980, en Revista de Derecho Público N° 28. Santiago, Universidad de Chile, p.215.

¹⁷ Excelentísimo Tribunal Constitucional, sentencias dictadas en Roles N° 1.852, de 26 de julio de 2.012; N° 2.086, de 16 de diciembre de 2.012; N° 2.110, de 16 de diciembre de 2.012; N° 2.114 de 16 de diciembre de 2.012; N° 2.182, de 16 de diciembre de 2.012; y N° 2.197, de 16 de diciembre de 2.012.

El carácter bifronte de la garantía viene dado, entonces, porque por una parte “a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador”^{18 19}; y por otra, porque creado el vínculo, el trabajo como objeto del mismo deberá desempeñarse en las condiciones previstas por la ley: “la doctrina constitucional chilena ha sido enfática en el sentido de que la garantía de la libertad de trabajo y su protección (art. 19 N° 16° párrafo primero de la Constitución Política) ampara no solamente la libertad de trabajo sino el trabajo mismo. Bulnes señalaba que el legislador no podría dictar normas que atentaran contra la igualdad y la dignidad del hombre en materia laboral”²⁰. También: “la garantía de la libertad de trabajo faculta a toda persona a buscar, obtener, practicar y ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerada, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. Implica, desde luego, la libertad de elegir un trabajo, evitando compulsiones para realizar labores determinadas. La persona debe

¹⁸ Dirección del Trabajo, Dictamen Ord. N° 1279/19, de 17 de marzo de 2006: “Como ha señalado la doctrina, la libertad de trabajo significa que ‘a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador, que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con un ajusta retribución’ (EVANS, E. Derecho Constitucional, Editorial Jurídica, p 232).”

¹⁹ “El contenido esencial de esta garantía asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador... (véase Fernandois Vöhringer, Arturo, y García García, José, “Compatibilidad entre el derecho a la libre contratación y la fijación de salarios por ley”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 37, N° 2, págs. 353-354”. Citado por Excelentísimo Tribunal Constitucional, Rol N° 1413, de 16 de noviembre de 2.010.

²⁰ GAMONAL CONTRERAS, S. (2013). THE PRINCIPLE OF PROTECTION OF WORKERS IN THE CHILEAN CONSTITUTION. *Estudios constitucionales*, 11(1), 425-458. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100011>

decidir el acceso, el tránsito y la permanencia en un trabajo específico. Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación. Para el empleador, ello le asegura un amplio poder de contratación de su personal...”²¹.

Excede los márgenes de este trabajo la etapa precontractual durante la cual la “libertad de trabajo y su protección importa para el empresario el reconocimiento de una facultad amplia para celebrar relaciones jurídicas de trabajo... pudiendo a tal efecto seleccionar personal, fijar los sistemas de rendimiento, promoción y ascenso, así como dictar las normas de dirección y disciplina que la empresa o la actividad tengan. Para el trabajador, en tanto, la libertad de contratación supone la prohibición del denominado trabajo forzoso. Esto viene a dejar en evidencia como es lógico que la libertad de contratación no se refiere solamente a los empresarios, sino que también, y sobre todo, a los trabajadores... [en cuanto] se opondría a lo dispuesto en el artículo 4º de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en relación con la prohibición de trabajos forzados).²²

Sí resulta relevante, en cambio, determinar si la prohibición de imposición de un

²¹ IRURETA URIARTE, P. 2006. Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena, en Colección de Investigaciones Jurídicas. Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, pp. 49, 60, 61, 63. Citado por Excelentísimo Tribunal Constitucional, Rol N° 1413, de 16 de noviembre de 2010.

²² IRURETA URIARTE, P., *op. cit.*, p. 393.

trabajador existe sólo en la etapa precontractual o si el despido puede considerarse como una manifestación de la misma; y de qué forma el despido regulado por el Código del Trabajo, particularmente en su aspecto formal, es parte del contenido de la garantía en cuanto protección del trabajo.

En general, se tiende a identificar la protección del trabajo con la legislación laboral²³: el empresario “posee un derecho a la libre contratación de su personal, a determinar las modalidades de su trabajo y su forma de planificarlo, y a fijar los términos de los contratos cuidando que se respeten las normas legales vigentes”^{24 25}. Corolario de lo anterior es que, en principio, el despido

²³ “El constituyente de 1980 repite la norma... y le reconoce a toda persona una amplia facultad para desarrollar cualquier trabajo que considere necesario y adecuado para su vida... La exigencia de licitud evidencia una subordinación de la actividad productiva o industrial a valores indicativos de un ideal, de forma tal que la libertad en comento no puede ser concebida como un principio absoluto. Dicha licitud se expresa en limitaciones clásicas... pero a partir de las cuales se puede ejercer un control judicial o legal...”. IRURETA URIARTE, P. 2006. Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena, en Colección de Investigaciones Jurídicas. Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, pp. 92 y 93. Citado por Excelentísimo Tribunal Constitucional, Rol N° 1413, de 16 de noviembre de 2010.

²⁴ “*vid.* sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 17.804, de 5 de diciembre de 1991. La misma doctrina puede consultarse en la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 17.660, de 23 de octubre de 1991. Cfr., también, en el plano doctrinal ALEMANY (1988), pp. 2108 y 2110”, en IRURETA URIARTE, P., *op. cit.*, p. 394.

²⁵ “Bulnes señalaba que el legislador no podría dictar normas que atentaran contra la igualdad y la dignidad del hombre en materia laboral”. En GAMONAL CONTRERAS, S., *op. cit.*

obrado con arreglo a derecho, al menos desde el cumplimiento de los requisitos externos, sería tributario, paradójicamente, de la garantía en su aspecto protector del trabajo, comoquiera que el despido forma parte de las reglas del juego de la relación laboral, satisfechos los requisitos del Código del Trabajo²⁶.

Esta conclusión está implícita en una sentencia del Tribunal Constitucional relacionada con un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por un empleador ante una posible privación de libertad frente al incumplimiento de una decisión de reincorporación por un despido antisindical. En ese caso el empleador, amenazado de arresto, solicitó la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma que autoriza tal medida de fuerza, requerimiento que fue, sin embargo, desestimado por el Excelentísimo Tribunal Constitucional por ser una medida eficaz considerando el fin

²⁶ “En este sentido, Nogueira fundamenta la consagración plena del derecho al trabajo como derecho fundamental en Chile, dado que la norma constitucional es integrada, al tenor del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, por los atributos de los derechos esenciales de las personas, que emanan de su dignidad inherente y que la propia Constitución así como el derecho internacional vinculante para nuestro país reconoce (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por citar los más relevantes). En consecuencia, la protección constitucional del trabajador abarcaría derechos tales como remuneración equitativa, condiciones satisfactoria de trabajo, igual salario por trabajo igual, seguridad e higiene en el trabajo, limitación de las horas de trabajo, vacaciones pagadas, remuneración de los días festivo e, incluso, como sostiene Nogueira, protección contra el despido arbitrario”. En GAMONAL CONTRERAS, S., *op. cit.*

perseguido, es decir, el acatamiento de la orden judicial de reincorporación del trabajador, situación excepcional dentro de nuestro ordenamiento: “Que, por otra parte, las normas legales cuestionadas se presentan como necesarias e idóneas para alcanzar el fin de dar efectiva protección a los derechos que la sentencia del juicio laboral ha constatado como vulnerados y respecto de los cuales se han ordenado medidas concretas para su restablecimiento, tales como la reincorporación de los trabajadores despedidos de forma ilegal. El arresto, en este caso, aparece como una medida eficaz para asegurar el cumplimiento de la resolución judicial referida por parte de la empresa requirente y que no puede ser reprochada como desproporcionada. El juez de fondo tiene el deber de dar protección a los derechos de los trabajadores, lo que no puede lograrse si el empleador condenado por una infracción, se niega a dar cumplimiento a lo resuelto por el tribunal”²⁷.

El razonamiento que subyace es que comoquiera que el despido por regla general es eficaz y válido —aunque no necesariamente *justificado* o, de manera más general, ajustado a Derecho—, se resuelve que una medida tan severa como la privación de libertad del empleador, de la que se predica es “necesaria[s] e idónea[s] para alcanzar el fin de dar efectiva protección a los derechos”, no es desproporcionada ni contraria a la Constitución por cuanto

²⁷ Excelentísimo Tribunal Constitucional, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol N° 1.971, de 14 de abril de 2011.

permite dotar de exigibilidad a la norma que lo prohíbe totalmente o, lo que es igual, lo castiga con la nulidad absoluta, considerando además el carácter excepcionalísimo de tal disposición.

Asimismo, aunque sin mencionarlo como manifestación de esta garantía pero implicándolo, se ha resuelto que el mero ejercicio del despido no constituye una vulneración a la garantía de la libertad de trabajo del trabajador, pues dicha potestad se le reconoce al empleador, satisfechas las exigencias de forma y de fondo establecidas por ley que, estas sí, forman parte de la garantía en cuestión en su dimensión de protección al trabajo: “al respecto y tal como ya ha sido analizado y concluido en esta sentencia en relación a las restantes vulneraciones, la sola circunstancia de haber sido despedido y por causales imputables al trabajador, no puede ser considerada necesariamente como una vulneración de sus derechos fundamentales y menos aún a su libertad de trabajo, toda vez que el empleador se encuentra legalmente facultado para decidir la desvinculación de un trabajador, ajustándose por cierto a la regulación que existe en relación a la terminación del contrato de trabajo -causales, plazos, pago de indemnizaciones en determinados casos y cumplimiento de formalidades legales-, debiendo además, invocar las causales que estime configuradas en el caso concreto y determinar los hechos que las fundan consignándolos expresamente en la comunicación de despido, sin que por ello

incurra en acto vulneratorio alguno de derechos fundamentales del trabajador afectado”²⁸.

En particular, se ha resuelto que el establecimiento por parte del legislador de un procedimiento de revisión judicial del despido se orienta justamente en el sentido de concretar y dar satisfacción a la garantía de protección del trabajo, de modo que el ejercicio del despido por parte del empleador no constituye en sí una vulneración de la misma, aun si es declarado injustificado o incluso carente de causa, de modo que si “la supuesta vulneración a la libertad de trabajo se funda sólo en la circunstancia de que la demandada habría sobrepasado sus límites al despedirlo de manera arbitraria pero ello en modo alguno configura tal vulneración, máxime cuando el ordenamiento jurídico

²⁸ Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, RIT T—515—2018, “GUTIÉRREZ CON BANCO”, de 1 de agosto de 2019.

establece un procedimiento de reclamo y revisión de tal decisión del empleador.”²⁹ ³⁰

El despido, entonces, no sólo formaría parte del poder de dirección del empleador sino que pareciera que su ejercicio constituye una manifestación de su garantía de libertad de trabajo en cuanto a que la decisión de no perseverar en una relación laboral —“a nadie le será impuesto un trabajador”—no podrá ser impugnada en cuanto a su eficacia (en términos generales, quedando a salvo las excepciones que se verán en lo sucesivo), sin perjuicio de otros reproches que pudieran realizársele, emparentados con su justificación o con la vulneración de garantías fundamentales (análisis que no forma parte de este trabajo), pero que no acarrearán la mantención forzosa del vínculo, ni aun por decisión judicial.

²⁹ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T—1310—2018, “OLMEDO CON BANCO”, de 13 de agosto de 2019.

³⁰ También se ha resuelto que el despido no vulnera en ningún caso la garantía de libertad de trabajo, pues no forma parte de su núcleo garantido: “TRIGÉSIMO: ... Todo despido, si se entiende que la libertad de trabajo y su protección tiene que ver con la estabilidad laboral, sería vulnerador del derecho constitucional, lo que claramente no es así, tanto que la ley establece las causales para la desvinculación de un trabajador... La garantía aludida dice más bien relación con la posibilidad de dedicarse a un trabajo lícito... [y] se ha entendido en dos aspectos: por una parte, el derecho de toda persona a no ser forzada a desarrollar una labor, la que sólo puede ser ejecutada en su consentimiento previo y libre y, por otra parte, la libertad de contratación y libre elección del trabajo”. Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, RIT T—155—2019, “HERNÁNDEZ CON IGLESIA”, de 9 de noviembre de 2019.

3. EXCEPCIONES A LA EFICACIA DEL DESPIDO.

Como se viene adelantando, existen al menos tres excepciones para la eficacia del despido: el despido obrado contra trabajadores con fuero, el despido antisindical y el despido discriminatorio grave.

En cuanto al primer caso, el artículo 174 del Código del Trabajo dispone que “[e]n el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160”.

Por lo tanto, el empleador no podrá despedir a los trabajadores que gocen de fuero laboral, quedando obligado a solicitar la respectiva autorización ante el juez. Si no obstante lo anterior despide a un trabajador aforado, este podrá

reclamar su inmediata reincorporación, incluso si el despido ha obrado en ignorancia del fuero que le asistía.³¹

En segundo lugar, también resulta ineficaz el despido obrado en contra de trabajadores no aforados “en represalia de su afiliación sindical, participación en actividades sindicales o negociación colectiva”³². En estos casos, “el despido o el término de la relación laboral no producirá efecto alguno, aplicándose el artículo 489, con excepción de lo dispuesto en sus incisos tercero, cuarto y quinto”³³.

El artículo 489 del Código del Trabajo dispone, a su vez:

³¹ El artículo 201, en su inciso cuarto prescribe: “Si por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o tuición de un menor en el plazo y condiciones indicados en el inciso segundo se hubiere dispuesto el término del contrato, en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto y la trabajadora volverá a su trabajo, para lo cual bastará la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, o bien de una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, en los términos del inciso segundo, según sea el caso, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio. La afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido”.

³² Artículo 294 del Código del Trabajo.

³³ *Ibidem*.

Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado.

La denuncia deberá interponerse dentro del plazo de sesenta días contado desde la separación, el que se suspenderá en la forma a que se refiere el inciso final del artículo 168.

En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Con todo, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2° de este Código, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el inciso anterior.

En caso de optar por la indemnización a que se refiere el inciso anterior, ésta será fijada incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa.

El juez de la causa, en estos procesos, podrá requerir el informe de fiscalización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 486.

Si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese la de tutela laboral de que trata este

Párrafo, dichas acciones deberán ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio, salvo si se tratare de la acción por despido injustificado, indebido o improcedente, la que deberá interponerse subsidiariamente. En este caso no será aplicable lo dispuesto en el inciso primero del artículo 488. El no ejercicio de alguna de estas acciones en la forma señalada importará su renuncia.

Debido al reenvío que efectúa el artículo 294 del Código del Trabajo, la reclamación judicial del despido de trabajadores no aforados pero “en represalia de su afiliación sindical, participación en actividades sindicales o negociación colectiva” será substanciada conforme al procedimiento de tutela laboral de los artículos 485 y ss. del Código del Trabajo. Sin embargo, no se autoriza pedir la sustitución de la reincorporación por la indemnización especial que prevé el artículo 489. Dicho de otro modo, el juez deberá declarar que “el despido o el término de la relación laboral no [produjo] efecto alguno”, ordenando la reincorporación del trabajador ilegalmente separado, sin que este pueda optar a que el despido quede a firme a cambio de una indemnización.

En fin, la tercera hipótesis de despido ineficaz es la que contempla el inciso cuarto del artículo 489 del Código del Trabajo: “Con todo, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2° de este Código, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el inciso anterior”.

En este caso, empero, la reincorporación, como ineficacia del despido, no opera de pleno derecho y deberá ser otorgada por el juez, quien podrá concederla frente a casos de discriminación grave, siempre que ello haya sido solicitado por el trabajador demandante.

Estos tres casos excepcionales, asociados a la protección de bienes jurídicos bien específicos —maternidad, libertad sindical y no discriminación— ponen de manifiesto la densidad de la protección que se le dispensa al acto del despido. En efecto, si este es el extremo en que está absolutamente prohibida la potestad del empleador en la materia, y si el despido disciplinario ajustado a derecho es el otro extremo, evidenciado en la autorización del término del vínculo sin derecho a indemnización, resta un largo trecho entre ambos en que el empleador podría desenvolverse, lo que permitiría sostener, por ejemplo, que la causal del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo no tiene por fin exclusivo sancionar hechos estrictamente disciplinarios, pudiendo abarcar otras hipótesis propias del desempeño del trabajador que afecten la faena productiva —atrasos reiterados o improductividad culpable—, comoquiera que estas también forman parte del contenido obligacional del contrato de trabajo.

II. SEGUNDA PARTE. LA CAUSAL DE INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES QUE IMPONE EL CONTRATO DE TRABAJO.

1. LA CAUSAL DE INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES QUE IMPONE EL CONTRATO DE TRABAJO.

La formulación del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo es conocida: “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: ... 7.- Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”.

Se trata de una norma de larga data, primeramente³⁴ contemplada en el artículo quinto de la Ley N° 4.093 del Contrato de Trabajo, de 29 de septiembre de 1.924, en los siguientes términos: “el contrato de trabajo termina con las causales jenerales de separación de los contratos y, en especial por las siguientes: cuando una de las partes falta gravemente a sus obligaciones relativas a la ejecución del contrato” (sic), y luego recogida en el artículo 9° del Código del Ramo de 1.931: “el Contrato de Trabajo termina: ... N° 9 por faltas graves a las obligaciones que impone el contrato de trabajo”.

³⁴ DOMÍNGUEZ MONTOYA, A., y WALTER DÍAZ, R. 2017. El despido disciplinario por incumplimiento grave de las obligaciones laborales en el ordenamiento jurídico chileno, en Revista de Derecho N° 241 (enero - junio). Chile, p. 12.

Estos antecedentes históricos, unidos al hecho que el Código del Trabajo habilita, en su artículo 171³⁵, al propio trabajador para invocar dicha causal respecto de su empleador, permitiéndole poner término al contrato de trabajo imputándole culpa mediante la acción que se conoce como despido indirecto o autodespido, han sido suficientes para que parte de la doctrina nacional emparente esta hipótesis de exoneración con la condición resolutoria tácita propia de todos los contratos bilaterales, puesto que “la obligación de una de las partes es la obligación de la otra y violando un contratante cualquiera de las cláusulas del contrato, sean éstas expresas, tácitas o subentendidas, será causal suficiente para poner término al vínculo contractual”³⁶. También se la ha

³⁵ “Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 o 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162, y en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7; en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por ciento”.

³⁶ NADAL SERRI, D. 2003. El despido en el Código del Trabajo. Santiago, Lexis Nexis, p. 253. En similar sentido, VARGAS MIRANDA, R. 2014. Terminación del Contrato de Trabajo, T. II, Santiago, Editorial Metropolitana, p. 333. Ambos citados por DOMÍNGUEZ MONTOYA y WALTER DÍAZ, *op. cit.*, p. 12.

referido como “expresión del poder disciplinario del empleador, en concreto como una sanción³⁷ en el contexto de pena privada³⁸”³⁹.

Según recogen DOMÍNGUEZ y WALTER, “más allá de las constataciones anteriores, debido a su amplia redacción y referencia a fuentes obligacionales diversas, se ha caracterizado como una hipótesis de despido con un contenido causal abierto⁴⁰, amplio⁴¹, residual⁴² y genérico⁴³, que comprende situaciones fácticas que no encuentran un correlato en los supuestos habilitantes sustantivos de validez del artículo 160 del Código del Trabajo”⁴⁴.

³⁷ GAMONAL CONTRERAS, S. Y GUIDI MOGGIA, C. 2011. Manual del Contrato de Trabajo. Chile, Legal Publishing, pp. 102, 277 y ss.

³⁸ FERNÁNDEZ TOLEDO, *op. cit.*

³⁹ DOMÍNGUEZ MONTOYA y WALTER DÍAZ, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁰ MELIS VALENCIA, C., y SÁEZ CARLIER, F. 2009. El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, p. 131.

⁴¹ GAMONAL CONTRERAS, S. Y GUIDI MOGGIA, C. 2011. Manual del Contrato de Trabajo. Chile, Legal Publishing, pp. 102, 279.

⁴² ROJAS MIÑO, I. 2013. La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 425.

⁴³ LIZAMA PORTAL, L. 2005. Derecho del Trabajo. Santiago, LexisNexis, p. 182.

⁴⁴ DOMÍNGUEZ MONTOYA y WALTER DÍAZ, *op. cit.*, p. 12.

2. SOBRE SU CARACTERIZACIÓN COMO NORMA RESIDUAL.

La ubicación del numeral 7 dentro del catálogo de hipótesis típicas del artículo 160 del Código del Trabajo y su formulación inespecífica ha hecho que se le caracterice habitualmente como una norma genérica o residual, que no participa de los criterios de especificidad de los otros numerales y que permite acudir a ella incluso en casos de hipótesis imperfectas o incompletas de las otras causales, entendimiento que ha sido recogido por la doctrina⁴⁵ y jurisprudencia⁴⁶ nacionales.

En este entendido, la utilización del vocablo “residual” resulta confuso porque tal adjetivo debiera quedar reservado para normas que pretenden ser onmicomprensivas y efectúan una numeración a modo ejemplar, presentando

⁴⁵ “Lizama indica, en base a criterios jurisprudenciales, algunas hipótesis: los atrasos reiterados, estado de ebriedad, protesto de cheques, incumplimiento de metas de rendimiento. LIZAMA PORTAL, cit. (n. 39), pp. 183-184. En similar sentido, reconociendo tal utilización, MELIS VALENCIA y SAÉZ CARLIER, cit. (n. 36), pp. 132 ss”. En DOMÍNGUEZ MONTOYA y WALTER DÍAZ, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁶ “Según la Jurisprudencia configuran incumplimiento grave: la presentación al trabajo en estado de ebriedad (C.A. de Puerto Montt, 3 de noviembre de 2006, Rol 139-2006; C.S., 14 de octubre de 2002, Rol 2982-2002; C.A. de Santiago, 14 de enero de 2016, 1705-2015); realización de trabajos o negocios de la misma actividad comercial del empleador (C.A. de Santiago, 17 de julio de 2009, Rol 1780-2008); ausencias sistemáticas al trabajo (C.S., 13 de junio de 2013, Rol 1242-2013); atrasos en la presentación al trabajo (C.S., 11 de octubre de 2007, Rol 599-2007; C.A. de Punta Arenas, 1 de agosto de 2006, Rol 28-2006; C.A. de Santiago, 4 de julio de 2008, Rol 4534-2007), entre otros”. En DOMÍNGUEZ MONTOYA y WALTER DÍAZ, *op. cit.*, p. 14.

en último término una formulación genérica para abarcar los demás supuestos no expresamente señalados. Tal acepción se condice con la definición de la RAE sobre residuo: “parte o porción que queda de un todo”⁴⁷.

En la especie, sin embargo, nos encontramos frente a una norma taxativa que no pretende abarcar todos los posibles incumplimientos laborales, sino sólo definir cuáles de ellos permiten al empleador despedir sin derecho a indemnización. La causal del artículo 160 N° 7, entonces, es sólo uno más de dichos casos.⁴⁸

Comparto con DOMÍNGUEZ y MONTOYA que “no podemos caracterizar la causal del despido por incumplimiento grave como una figura residual, en el sentido de ser sobrante, excedente o secundario del resto de las causales disciplinarias, ni tampoco como una figura genérica, esto es, una hipótesis

⁴⁷ <https://dle.rae.es/residuo>

⁴⁸ En contra, FERNÁNDEZ TOLEDO, op. cit., p. 47: “El artículo 160 del Código del Trabajo no contiene una lista cerrada de incumplimientos laborales, pese a la aparente intención de su encabezado. Debido a la amplitud con que se hallan específicamente en este precepto algunas de las causas del despido, especialmente la del N° 7, es bizantina la discusión acerca del carácter cerrado, tasado o ejemplar de la lista que contiene dicho precepto. Además, el legislador podría haber ahorrado la enumeración de faltas laborales que podría aplicar el despido disciplinario debido a los amplios términos en que se encuentra formulada la causal del N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo. Este precepto está redactado con una amplitud suficiente para comprender las restantes causas de despido disciplinario”.

causal común o base de despido, sino más bien como causa de contenido abierto e indeterminado de infracciones convencionales graves, que se delimitan por estándares de aplicación y ponderación. Lo anterior excluye la subsunción de hipótesis imperfectas del artículo 160 del Código del Trabajo en dicha causal”⁴⁹.

Siguiendo ese derrotero, si una conducta que se pretende reprochar está emparentada con algún tipo específico del artículo 160, a las prescripciones de dicho tipo debe ceñirse, de modo que si la hipótesis de hecho no puede subsumirse en el tipo, el despido será injustificado, justamente porque el legislador no ha predicado que tal conducta provoque la terminación del contrato de trabajo sin derecho a indemnización. Un ejemplo de ello sería la inasistencia injustificada del trabajador: como los requisitos de configuración de la causal de despido disciplinario por inasistencias injustificadas están expresamente señaladas en el artículo 160 N° 3 del Código del Trabajo, el cual se limita a describir como hipótesis típica la inasistencia del trabajador dos días lunes en el mes calendario, no sería posible despedirlo por esta causal por haber faltado de manera injustificada a sus labores un sólo día lunes o dos días no consecutivos en el mismo período de tiempo, por ejemplo. Tampoco sería posible echar mano a la causal del artículo 160 N° 7, porque validar la subsunción en dicha causal de hipótesis imperfectas de conductas sancionadas

⁴⁹ DOMÍNGUEZ MONTOYA y WALTER DÍAZ, *op. cit.*, p. 14.

por los demás numerales significaría castigar de facto de la misma manera — mediante el despido sin derecho a indemnización—, conductas que el legislador no ha estimado merecedoras de tal reproche. En otras palabras, la causal del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo no puede servir como pretexto para castigar hechos que no reúnan todos los requisitos exigidos por las conductas típicas previamente definidas por el legislador, por la evidente razón que si así fuera, carecería de todo sentido la enumeración que la precede.

Así entendido, el artículo 160 N° 7 no tiene por objeto ampliar las hipótesis típicas contempladas en los numerales anteriores. Razonar en contrario permitiría asilar situaciones emparentadas con el absurdo. Por ejemplo, se podría argumentar que es ajustado a derecho el despido de un trabajador que se ausenta dos días martes en el mes calendario, comoquiera que aunque ese hecho no pueda subsumirse válidamente en la hipótesis típica del artículo 160 N° 3⁵⁰, referido a las inasistencias que resultan punibles con el despido, nada obstaría a que el empleador predique igualmente su gravedad recurriendo a la causal del artículo 160 N° 7.

⁵⁰ “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: ...3.- No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra”.

La causal en comento tiene una existencia propia, diferente de la del resto de enunciados normativos de los números que la preceden en el artículo 160 del Código del Trabajo, y no actúa como norma de residuo: comparte con las anteriores en cuanto requiere un elemento de culpa de la contraria para configurarse, toda vez que se trata de una causal subjetiva⁵¹, pero se diferencia en cuanto no realiza un reproche necesariamente disciplinario, como se pretende acreditar.

Para el propósito de este trabajo el asunto más relevante que el contenido obligacional cuyo incumplimiento configura la causal, puede llegar a ser demasiado amplio pues será el empleador quien de manera preferente lo fijará.

En este contexto, no resulta admisible una lectura de *lege stricta* de la causal en cuestión, que provocaría una distorsión bastante evidente: como la norma dice que se castiga el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, podría seguirse que la gravedad se predica del incumplimiento, no de la entidad de la obligación quebrantada. Por lo anterior,

⁵¹ “A propósito de la exigencia de culpabilidad, la doctrina ha señalado que el incumplimiento debe ser producto de dolo o culpa grave del trabajador, incluyendo causales de justificación del incumplimiento”. DOMÍNGUEZ MONTOYA y WALTER DÍAZ, *op. cit.* La referencia es a GAMONAL y GUIDI, *op. cit.*, p. 277.

las otras conductas típicas que la preceden debieran servir como medida o rasero de la entidad de la obligación cuyo incumplimiento acarreará el despido.

Se trata, entonces, de una causal con fisonomía propia, de tesitura abierta⁵² en tanto sanciona incumplimientos contractuales innominados pero de cierta entidad, en línea con el estándar fijado por los numerales que le preceden, advirtiéndose que el contenido obligacional cuyo incumplimiento permite su invocación será determinado preferentemente por el empleador.

Resta por determinar si este contenido obligacional que determina preferentemente el empleador puede comprender hipótesis no necesariamente asociadas a reproches conductuales sino que resguarden otros bienes jurídicos, en particular la obligación primera del trabajador —prestar servicios—; o si todo incumplimiento que se repute grave para estos efectos debe ser pasible de reconducción a una sanción disciplinaria.

⁵² “...la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho... en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares...”. HART, H. 1961. El concepto de derecho, traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. pp. 159-160

3. MANIFESTACIÓN MÁXIMA DEL PODER CONTRACTUAL DEL EMPLEADOR.

Sin perjuicio de lo que se viene razonando, en cuanto a que se trata de una hipótesis con fisonomía propia y no un mero residuo de las que le anteceden en el artículo 160, la causal en comento presenta una diferencia relevante con relación a las otras, y es que erige al empleador en juez y parte de la misma.

En efecto, las obligaciones que impone el contrato de trabajo vienen, por regla general, dadas por el propio empleador. Además, y por efecto del artículo 1.546 del Código Civil⁵³ ⁵⁴, las obligaciones cuyo incumplimiento justifica la adopción de la medida exceden los contornos del pacto.

En una primera aproximación, la obligación esencial que debe cumplir el trabajador es “prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación” del empleador, según la definición que entrega el artículo 7° del Código del Trabajo.

⁵³ “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

⁵⁴ ROJAS MIÑO, I. 2015. Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo. Santiago, Thomson Reuters, p. 425.

El propio Código del Trabajo, en su artículo 10, se encarga luego de señalar las prescripciones mínimas que deberá contener el pacto laboral, dentro de las cuales se cuenta, por ejemplo, la “determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse. El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias” (Nº 3), la “duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiera el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno” (Nº 5), y “demás pactos que acordaren las partes” (Nº 7).

Comoquiera que el empleador es quien por regla general dispone los términos del contrato que al efecto se escritura, será él quien determine, primeramente, las obligaciones que impone el contrato a su contraparte, el trabajador.

De igual modo, el artículo 153 del Código Laboral se refiere a la obligatoriedad de la empresa que ocupe 10 o más trabajadores permanentes a “confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento”. Esta obligación ha sido conceptualizada como

“poder-deber... finalizado... [y] jurídicamente perfecto puesto que viene dotado de potestad sancionatoria”⁵⁵.

Dicho reglamento, que emana de la empresa, pues a ella se le encomienda confeccionarlo, añade obligaciones y prohibiciones al contenido obligacional del contrato de trabajo, siendo sus cláusulas impugnables sólo por ilegalidad (artículo 153, inciso cuarto, del Código del Trabajo).

Por de pronto, entonces, cuando el trabajador ingresa a la empresa se hace deudor no sólo de la prestación de servicios objeto del contrato, sino también de las demás obligaciones que dicho vínculo impone, así como de las obligaciones y prohibiciones que emanan del reglamento interno. Tal como se ha señalado, el contenido obligacional al que se somete el trabajador “no se refiere exclusivamente a las obligaciones pactadas en el contrato escrito, sino a las establecidas en las leyes y sus reglamentos, en el reglamento interno, y las sancionadas por los usos y costumbres. Comprende toda clase de instrucciones, órdenes y advertencias atinentes al trabajo encomendado”⁵⁶ y abarca no sólo “aquellas que emanen directamente del contrato mismo, sino

⁵⁵ PALAVECINO C., y POBLETE J., Carlos. 2010. Apuntes sobre Derecho Penal del Trabajo, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, N° 2. Santiago, pp. 217-231.

⁵⁶ VIVANCO CISTERNAS, M. 1994. El Despido Laboral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 81.

aquellas cuyos efectos indirectos provienen del reglamento interno, de la ley misma incorporada al contrato o de un contrato colectivo, cuyos efectos son justamente la de reemplazar en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores sujetos a negociación”.^{57 58}

DOMÍNGUEZ y WALTER aluden a que “existe un cierto consenso para determinar el alcance de la causal, estando determinado por el contenido obligacional que se haya estipulado por escrito (contenido expreso); las obligaciones o deberes de conducta que naturalmente se entienden incorporados (contenido ético del contrato de trabajo); y aquellas obligaciones que derivan de la dinámica fáctica de la relación de trabajo, que puedan configurar obligaciones no contenidas en el contrato escrito pero que se subentienden en razón de la prestación laboral concreta (cláusulas tácitas o subentendidas),⁵⁹ todas las cuales pueden emanar de diversas fuentes

⁵⁷ NADAL SERRI, D. 2003. El despido en el Código del Trabajo. Santiago, Lexis Nexis, p. 254.

⁵⁸ DOMÍNGUEZ MONTOYA y WALTER DÍAZ, *op. cit.*, p. 15: “Sobre el punto, v. C.S., 5 de agosto de 2011, Rol 9407-2010, sentencia en la cual amplía el contenido obligacional al Contrato Colectivo y Buena Fe”.

⁵⁹ “Sobre su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico: C.S., 31 de marzo de 2004, Rol 1.053-2.003; C.A. de Concepción, 12 de noviembre de 2002, Rol 2.954-2002. Desde el punto de vista de los derechos del trabajador y la condición más beneficiosa como fuente de obligaciones y derechos tácitos o subentendidos, v. BALLESTER LAGUNA, Fernando, La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales, Comares, Granada, 2001, pp. 131 y ss.”. En DOMÍNGUEZ MONTOYA y WALTER DÍAZ, *op. cit.*, p. 16.

normativas (contrato, ley, costumbre, reglamento interno, etc.) según lo ya indicado”⁶⁰.

FERNÁNDEZ TOLEDO añade que “[a]l examinar el Código del Trabajo, se puede observar el mismo no solo establece algunas faltas laborales sino que también se le atribuye competencia para determinar las conductas sancionables al reglamento interno, la negociación colectiva y el contrato individual de trabajo, esto es, lleva a cabo una atribución de titularidad de la facultad de determinar las conductas sancionables”⁶¹.

En consecuencia, ya sea por la vía integradora del contenido obligatorio del contrato de trabajo por efecto del artículo 1.546 del Código Civil, como por la incorporación a su contenido de las obligaciones y prohibiciones que forman parte de otros cuerpos propios de la relación laboral, típicamente el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, el empleador será quien, de manera

⁶⁰ *Ibidem*, p. 15-16.

⁶¹ FERNÁNDEZ TOLEDO, op. cit., p. 47.

preferente⁶², definirá las hipótesis a las que resultará aplicable el castigo que luego podrá imponer.

⁶² FERNÁNDEZ TOLEDO sostiene que dicha facultad no es, sin embargo, excluyente, pues admite que por la vía de la convención colectiva se generen obligaciones y prohibiciones, lo que no obsta a que el poder de sancionarlas descansa únicamente en el empleador. Es decir, este sería un caso típico, además de la ley, en que el empleador puede decidir aplicar un castigo pero no ha definido previamente de manera unilateral o preferente la obligación cuyo incumplimiento sanciona: “Respecto a la negociación colectiva, al tener por objeto establecer condiciones comunes de trabajo (artículo 303 del Código del Trabajo) que se pactarán en un instrumento colectivo de trabajo, sea un contrato colectivo, un convenio colectivo o fallo arbitral (artículos 6º, 344 y 351 del Código del Trabajo), pueden comprenderse en los mismos las obligaciones y prohibiciones que deben observar los trabajadores en la empresa mientras ejecutan sus labores. No existen dudas de esta posibilidad, debido a que las obligaciones y prohibiciones que deben cumplir los trabajadores mientras ejecutan sus labores constituyen condiciones comunes de trabajo, porque determinan la forma en que el dependiente debe ejecutar el trabajo convenido, moldeando su conducta en la empresa. No resulta vulnerado el artículo 306 inciso final del Código del Trabajo, porque el mismo, en nuestra opinión, solamente prohíbe que el ejercicio concreto de imponer sanciones no pueda ser compartido por el empleador con organizaciones sindicales o grupos de trabajadores, radicándose solamente en el empleador la posibilidad de imponer sanciones a sus dependientes, no pudiendo la misma ser objeto de la negociación colectiva. Es el empleador el único que tiene la facultad para valorar una conducta reprochable, y decidir o no imponer una sanción como también materializar la misma, al ser el núcleo esencial del derecho potestativo en que se erige el ejercicio del poder disciplinario, y no podría negarse o compartirse porque se negaría el derecho mismo”. *Op. cit.* p. 49.

Esta mera constatación dificulta, a mi juicio, la caracterización del despido afincado en esta precisa causal como un estricto ejercicio de autotutela⁶³, porque el contenido obligacional que se busca proteger mediante la autorización de la terminación del contrato sin derecho a indemnización por culpa del trabajador, proviene preferentemente de una de las partes contratantes⁶⁴: lo que se presenta como una forma de autotutela, entonces, se confunde con la protección de los intereses de la parte empleadora.

Nada obsta, tampoco, a que ese contenido obligacional guarde relación con aspectos no disciplinarios —como los atrasos reiterados, el no cumplimiento culpable de metas y los deberes en materia de higiene y seguridad—. Desde luego ello resulta contraintuitivo dada la ubicación de la causal dentro del

⁶³ IRURETA observa esta dificultad práctica pero la modula sosteniendo que “esto no debe ser visto como un medio de autotutela omnímodo que el empresario pueda imponer dejando de lado los límites internos y externos que pesan sobre este tipo de atribuciones”. En IRURETA URIARTE, Pedro, *op. cit.*, p. 409.

⁶⁴ GIL y GIL evidencia esta paradoja al defender que admitir el concepto de autotutela privada en el ámbito laboral exige recoger los demás rasgos que le son propios y que provienen de las ciencias penales: “De ahí que resulte aplicable, en el ámbito disciplinario, el principio *nulla poena sine lege*. Defender otra cosa resultaría incoherente con los principios que informan la autotutela privada, la cual posee un carácter excepcional y requiere, en todo caso, una habilitación expresa de la ley; equivaldría a atribuir al empresario un poder genérico e incondicionado, un medio de autotutela ajeno a la más mínima tipicidad: el empresario sería el legislador de sus propios intereses”. GIL y GIL, J. 1993. Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, p. 37.

artículo 160 del Código del Trabajo, pero lo cierto es que ni la norma contenedora ni el numeral séptimo hacen referencia alguna a esta exigencia, lo que tiene sentido si se atiende a que esta misma causal se le franquea al trabajador como hipótesis habilitante para el ejercicio de la acción de despido indirecto.

4. LA CAUSAL DE INCUMPLIMIENTO GRAVE DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRABAJADOR COMO FUNDANTE DEL DESPIDO INDIRECTO.

Resulta interesante, para determinar el alcance de la causal en cuestión, su análisis desde la perspectiva del trabajador, es decir, cuando recurre a ella para

fundamentar la acción de despido indirecto del artículo 171 del Código del Trabajo^{65 66 67}.

Excede del alcance de este trabajo el análisis pormenorizado de la figura del despido indirecto, pero sí resulta relevante verificar cuáles son las obligaciones incumplidas de parte del empleador que permiten de manera habitual plantear con éxito esta acción.

⁶⁵ Artículo 171 del Código del Trabajo, inciso primero: “Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 o 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162, y en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7; en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por ciento”.

⁶⁶ La Corte Suprema ha definido la figura del despido indirecto como aquella “concebida para el caso que sea el empleador el que incurre en una causal de término del contrato de trabajo por los motivos indicados por la ley, de manera que se radica en la persona del trabajador el derecho a poner término al contrato y a solicitar al tribunal que ordene el pago de las indemnizaciones que correspondan por el despido, con los incrementos legales. Si el tribunal rechazare el reclamo del trabajador, se entiende que el contrato ha terminado por renuncia”. Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 2405—2018, “ARANCIBIA CON INMOBILIARIA”, de 1 de julio de 2019.

⁶⁷ WALKER ERRÁZURIZ, F. 2003. Derecho de las relaciones Laborales, un Derecho Vivo. Santiago, Editorial Universitaria, p. 386: “La naturaleza y justificación del despido indirecto tiene su origen en el carácter bilateral del contrato de trabajo, y en el incumplimiento grave por parte del empleador de las obligaciones propias del contrato de trabajo. La indemnización correspondiente surge, entonces, como una sanción a dicho incumplimiento”.

Y es que si es cierto que el poder disciplinario de la relación laboral reside únicamente en el empleador, y si también es cierto que el Código del Trabajo autoriza el rompimiento del vínculo contractual por parte del trabajador reprochándole culpa al empleador invocando la causal de despido indirecto por incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, el corolario de lo anterior es que el contenido normativo de dicha causal no puede ser estrictamente disciplinario, pues de otro modo el trabajador jamás podría invocarla.

En este sentido, la jurisprudencia ha reparado que dado que el contrato de trabajo es bilateral, al contratante diligente se le franquea una vía de salida en caso de incumplimiento de la otra, la que deberá pagar una indemnización: “Dicha institución pone de relieve la naturaleza bilateral de la relación contractual de carácter laboral, que obliga también al empleador a cumplir las obligaciones que surgen para él del contrato de trabajo, dotando al trabajador de un mecanismo de salida del contrato en caso de incumplimiento, mediante su notificación al empleador, cual si fuera un despido, y la denuncia al juzgado del trabajo, que determinará la efectividad de los hechos y, en su caso, dispondrá las mismas indemnizaciones que hubieren correspondido si fuese el empleador quien hubiese puesto término injustificadamente al contrato. Lo relevante de este ‘despido indirecto’, como lo ha denominado la doctrina y la

jurisprudencia, es que hace responsable al empleador de la pérdida de la fuente laboral del trabajador, resguardando de alguna manera el principio de estabilidad en el empleo, en virtud del cual el legislador regula las causales de terminación del contrato de trabajo y establece los mecanismos de compensación para el caso que el empleador no las respete. No se trata, pues, de una renuncia del trabajador –que de por sí constituye un acto libre y espontáneo– sino de una situación no voluntaria en que el empleador lo coloca, forzando su desvinculación, lo que le otorga el derecho a obtener las indemnizaciones propias del despido”⁶⁸.

En este contexto, las obligaciones inobservadas por el empleador serán por regla general aquellas emparentadas con la satisfacción del pago de la remuneración del trabajador, la quintaesencia del vínculo laboral⁶⁹.

Así, se ha resuelto que el no pago de remuneraciones en tiempo y forma, aun prescindiendo del elemento subjetivo del empleador, constituye incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, no sólo por ser la obligación que define al vínculo laboral sino por las consecuencias alimentarias y financieras que inflige al trabajador: “QUINTO: Que, en lo que concierne al

⁶⁸ Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 2405—2018, “ARANCIBIA CON INMOBILIARIA”, de 1 de julio de 2019.

⁶⁹ El artículo 7° del Código del Trabajo define el contrato de trabajo como la prestación de servicios, bajo dependencia y subordinación, a cambio de una remuneración.

atraso en el pago de aquella parte de las remuneraciones pagadera directamente al trabajador, la situación es distinta. El pago de la remuneración es la principal obligación que asume el empleador en virtud del contrato de trabajo y la causa de las obligaciones del trabajador. Este necesita contar oportunamente con esos dineros. El atraso le puede acarrear gravísimos daños económicos a consecuencia del consiguiente incumplimiento de obligaciones financieras y, si se extiende en el tiempo, le puede entorpecer seriamente la mantención de sus condiciones de vida y aun su subsistencia y la de su familia. El atraso en el pago de una sola mensualidad puede traer consecuencias nefastas para el trabajador. /El contrato de trabajo no transfiere al trabajador los riesgos del infortunio del empleador. Aquel no tiene la obligación contractual de tolerar el atraso en el pago de sus remuneraciones, aun cuando este no se deba a negligencia o dolo. El hecho de que la relación laboral se haya extendido por largo tiempo no altera lo señalado. El empleador puede tener la expectativa de que en tal caso los trabajadores comprendan que el incumplimiento se debe a circunstancias que escapan a su control y que le den tiempo para pagar las remuneraciones. Es posible que algunos trabajadores así lo hagan. Pero el contrato de trabajo no los obliga a ello. /De lo razonado se sigue que el atraso en el pago de las remuneraciones constituye siempre un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato. Solo puede escapar a esta conclusión aquel atraso no superior a un par de días atribuible a

circunstancias completamente extraordinarias e imprevisibles, las que deben ser ponderadas en concreto por el juez”⁷⁰.

No resulta exagerada ni desproporcionada la solución propuesta si se observa que, por ejemplo, el propio artículo 160 del Código del Trabajo le permite al empleador afinar el vínculo frente a la inasistencia del trabajador durante dos días seguidos (Nº 3) y ante el abandono del trabajo (Nº 4). En este orden de ideas, y por las mismas razones, el mero retraso en el pago de las remuneraciones se erige como incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, exégesis que ha sido recogida por nuestros Tribunales: “Quinto: Igualmente, se ha determinado en el referido fallo, que el retraso en el pago de las remuneraciones constituye un incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato, de carácter grave, en atención a que el sueldo equivale al sustento del dependiente y por el cual ha ofrecido su fuerza laboral al empleador, ya que aceptar el atraso en el pago de la contraprestación de los servicios, implica, en último término, traspasar al trabajador el riesgo de la empresa, riesgo que debe soportar el empleador.../ Sexto: ...se impone como aserto que el empleador incurrió en incumplimiento grave de las obligaciones que le impone el contrato de trabajo, al no haber pagado oportunamente cotizaciones previsionales de las actoras y al haber retrasado la

⁷⁰ Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia Nº 47874–2016, “ESPARZA CON WATT’S”, de 17 de enero de 2017.

solución de sus remuneraciones mensuales, conforme se encuentra obligado, configurándose la causal prevista en el artículo 160 N° 7 del Código Laboral”⁷¹.

De igual modo, la jurisprudencia nacional⁷² ha fallado que el no pago reiterado de cotizaciones provisionales de parte del empleador constituye incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo.

Por supuesto que el contenido obligacional del empleador no se agota en el mero pago en tiempo y forma de la remuneración convenida sino que también

⁷¹ Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 3668—2014, “ROMÁN CON EASON”, de 27 de noviembre de 2014.

⁷² “**Decimonoveno:** Que así las cosas, y habiéndose dado por acreditado por el tribunal a quo, como hecho inamovible, que la empleadora declaró y no pagó las cotizaciones previsionales de las actoras, cabe concluir que el sentenciador incurrió en infracción de ley en el pronunciamiento de la sentencia al no considerar que tal inobservancia constituye un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo a la demandada, configurándose la causal prevista en el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, cuestión que habilita a las demandantes a ejercer la acción prevista en el artículo 171 del Código del Trabajo... por cuanto tal incumplimiento, que en el caso de autos se mantuvo por varios meses, constituye infracción a una de las más importantes obligaciones que tiene el empleador, esto es, el pago íntegro y oportuno de las remuneraciones./ ...**Vigésimo segundo:** Que, en consecuencia, se unifica la jurisprudencia en el sentido que el no pago oportuno de las cotizaciones previsionales constituye un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo al empleador, cuando éste sea contumaz en su conducta, y puede dar lugar al ejercicio de la acción de despido indirecto prevista en el artículo 171 del Código Laboral”. Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 15323—2013, “FERNÁNDEZ CON ÁLVAREZ”, de 7 de agosto de 2014.

se manifiesta en la satisfacción de otras cargas que la ley le ha impuesto, como el otorgamiento de ciertos beneficios en especie, [v.gr.](#), la sala cuna. Es por ello que en un interesante fallo con perspectiva de género, se ha resuelto que el no otorgamiento por parte del empleador del beneficio de sala cuna deviene en un incumplimiento pluriofensivo “cuya inobservancia implica desconocer la importancia de la maternidad, la familia y la infancia. Debe ponerse de relieve que a través de este mecanismo se persigue que la madre trabajadora mantenga su fuente laboral, compatibilizándola con la elección de ser madre, todo ello en miras de la protección física y emocional de ella y del menor, en tanto existe la tranquilidad de su correcto cuidado conforme a las condiciones que la propia autoridad impone para el funcionamiento de este tipo de recintos. A ello se añade, que resulta de igual relevancia que el cumplimiento de este imperativo legal persigue la igualdad de oportunidades para las mujeres, al posibilitar su participación laboral, y con ello paliar la inequidad que la afecta por su condición así como su compatibilización con la elección de un determinado proyecto de vida personal. Luego, acorde estas finalidades, esta materia supone una mirada social pues, se insiste que además de proteger la maternidad, la igualdad de oportunidades de la mujer madre y trabajadora, su incorporación al mercado laboral, busca el debido cuidado infantil”⁷³.

⁷³ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso N° 606—2019-Laboral-Cobranza, “OPAZO CON UNIVERSIDAD”, de 11 de julio de 2019.

Consideraciones de la especie resultan pertinentes para la tesis del presente trabajo en cuanto demuestran que la causal de despido de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo incluye obligaciones no asociadas a la potestad sancionadora del empleador o, lo que es igual, no sólo castiga desobediencias disciplinarias.

De igual modo, *mutatis mutandi*, si se sostiene que el no pago de la remuneración por parte del empleador habilita al trabajador a invocar la causal de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo debido a que se trata de la obligación principal y aquella que caracteriza al vínculo laboral dependiente, debe poder predicarse lo propio si es el trabajador quien incumple su propia obligación cardinal, esto es, la prestación de servicios, lo que permitiría emparentar esta causal con los ejemplos propuestos: atrasos reiterados, incumplimiento culpable de metas e inobservancia de deberes en materia de higiene y seguridad.

5. ALGUNOS CASOS DE INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES EN LA JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia^{74 75} ha analizado el incumplimiento contractual consistente en los atrasos reiterados del trabajador⁷⁶, considerando que evidencian una “actitud indiferente frente a su empleador”, teniendo en vista que “la obligación de concurrir a prestar servicios, es la principal obligación de un trabajador”, emparentando así el incumplimiento grave con la obligación de la que el trabajador es deudor en esencia⁷⁷, y no con un reproche disciplinario^{78 79}.

El incumplimiento de metas productivas también podría habilitar el despido fundado en esta causal, en tanto el desempeño del trabajador de las

⁷⁴ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, ingreso N° 164-2019 Laboral Cobranza, “CASANOVA CON HERMANOS RENDIC”, de 30 de enero de 2020.

⁷⁵ Anteriormente: Excelentísima Corte Suprema, Ingreso N° 599—2007, de 11 de octubre de 2007; Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Ingreso N° 28—2006, de 1 de agosto de 2006; Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Ingreso N° 4534—2007, de 4 de julio de 2008, entre otros.

⁷⁶ En contra de la gravedad y, por lo tanto, no configura la causal: Excelentísima Corte Suprema, ingreso N° 6148—2005, de 27 de diciembre de 2005. También, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Ingreso N° 4828—2000, de 8 de junio de 2001.

⁷⁷ La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que “para entablar si el demandante incumplió gravemente las obligaciones que le impone su contrato de trabajo, resulta básico tener certeza acerca de la exacta naturaleza de los servicios que debía prestar para su empleador”. Ingreso N° 7069—2001, de 3 de septiembre de 2002.

⁷⁸ LIZAMA, *op. cit.*, recogiendo criterios jurisprudenciales ha señalado lo propio; al igual que MELIS y SAÉZ, *op. cit.* Ambos recogidos por DOMÍNGUEZ y MONTOYA, *op. cit.*

⁷⁹ MUNITA LUCO, E., 2014. El perjuicio económico como elemento de la configuración de la gravedad del despido. Santiago, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 5, N° 9, pp. 63-82.

actividades productivas propias de su cargo constituye una obligación que impone el contrato de trabajo.

Esta materia ha sido debatida judicialmente, argumentándose que “la circunstancia que la actora no haya podido alcanzar en el mes de marzo de 2008 el mínimo de operaciones es insuficiente para configurar la causal... que debería estar fundada en hechos de mayor trascendencia, tales como suma negligencia...”⁸⁰, de lo que podría extraerse que para el caso concreto el desempeño del trabajador no fue estimado grave, sin perjuicio que se reconoce que en caso de “suma negligencia” podría haberse configurado el motivo de exoneración, argumentación que va en línea con los requisitos de gravedad y culpa que exige su recta invocación. Asimismo, en otro caso se falló que si bien el despido fue injustificado, ello obedeció a razones formales: la imputación de hechos no fue correctamente realizada en la carta de despido⁸¹.

En fin, la gravedad del incumplimiento puede referirse a deberes accesorios a la prestación de servicios, como la obligación de hacer en cuanto a respetar las normas de seguridad⁸², lo que se ha traducido, por ejemplo, en considerar

⁸⁰ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Ingreso N° 55—2009, de 15 de julio de 2009.

⁸¹ Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, RIT T—57—2017, de 3 de enero de 2018. Esta causa ha sido ocultada en el Poder Judicial por razones que ignoro, pero ha sido consultada en el motor de búsqueda vlex.cl

⁸² MUNITA LUCO, E., *op. cit.*

justificado el despido del trabajador que se presenta en estado de ebriedad a su trabajo, no en consideración a dicha circunstancia por sí sola sino al hecho que “tal conducta, resulta contraria a la de un conductor de un vehículo de dicha magnitud, con el consiguiente riesgo no sólo para él sino para también para terceros así como de los bienes de su empleador”⁸³ y a que “con ello puso en riesgo no solo su integridad física sino la de sus demás compañeros de trabajo”⁸⁴.

Estos tres casos se presentan como ejemplos de hipótesis de incumplimientos contractuales que habilitan al menos la discusión sobre la justificación del despido del trabajador, sin que por ello se trate de desobediencias cuyo castigo arranque de la potestad disciplinaria del empleador, lo que justificaría un tratamiento diferenciado.

6. CONSECUENCIAS. DESPIDO INJUSTIFICADO O INCAUSADO.

Si bien el empleador es quien define preferentemente el contenido obligacional del contrato de trabajo, y aplica a su respecto la sanción máxima, el despido, cuando estima que dicho contenido obligacional ha sido incumplido por la otra parte, este podrá reclamar al juez laboral que verifique la potestad así ejercida.

⁸³ Excelentísima Corte Suprema, Ingreso N° 2230—2011, de 2 de diciembre de 2011.

⁸⁴ Excelentísima Corte Suprema, Ingreso N° 2512—2011, de 2 de enero de 2012.

Con todo, la revisión judicial de la decisión sólo permitirá sancionar económicamente al empleador pero, por regla general, no se afectará la eficacia de la medida.

El artículo 162 del Código del Trabajo dispone al efecto:

Si el contrato de trabajo termina de acuerdo con los números 4, 5 o 6 del artículo 159, o si el empleador le pusiere término por aplicación de una o más de las causales señaladas en el artículo 160, deberá comunicarlo por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda.

Esta comunicación se entregará o deberá enviarse, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación del trabajador. Si se tratare de la causal señalada en el número 6 del artículo 159, el plazo será de seis días hábiles.

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

Por su parte, el artículo 168 prescribe:

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 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.

Las indemnizaciones reenviadas son las del inciso cuarto del artículo 162, esto es, indemnización por falta de aviso previo, equivalente a treinta días de remuneración; y la indemnización de los incisos primero o segundo del artículo 163, es decir, la indemnización por años de servicios, equivalente a 30 días de remuneración por cada año de servicio, o fracción superior a seis meses a partir del primer año, con un tope de 330 días de remuneración, y sin perjuicio del tope en la base de cálculo del artículo 172 del Código del Trabajo.

En concreto, estas normas establecen que, impugnada la decisión del empleador de ejercer el despido, el juez sólo podrá decretar que dicha medida ha resultado injustificada, indebida o improcedente, y ordenará el pago de las indemnizaciones y los recargos señalados, según sea el caso.

El efecto práctico del despido, esto es, el rompimiento unilateral del contrato de trabajo con carácter definitivo, empero, no se altera con la decisión del juez. Por este motivo, sostengo que la decisión del despido siempre será eficaz, en cuanto produce su efecto primario.

De igual modo, es posible concluir, a la luz de un análisis global de la causal de terminación del contrato de trabajo del N° 7 del artículo 160 del Código Laboral, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de

trabajo, que nada impide que esta decisión se afinque en consideraciones no disciplinarias, siempre y cuando el contenido obligatorio quebrantado sea relevante o de cierta entidad.

Se sigue de ello que el empleador podrá determinar por sí cuál será el contenido obligatorio relevante frente al cual, nuevamente ante sí, podrá decidir la exoneración del trabajador desoyente, no quedando circunscrito dicho poder al ejercicio de su potestad disciplinaria.

III. TERCERA PARTE. LAS NECESIDADES DE LA EMPRESA COMO JUSTIFICACIÓN EXTERNA DEL DESPIDO Y LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIOS.

1. LAS NECESIDADES DE LA EMPRESA EN SU ACTUAL CONCEPTUALIZACIÓN JURISPRUDENCIAL: JUSTIFICACIÓN EXTERNA PARA EL DESPIDO.

Sobrepasa los límites de este trabajo un análisis doctrinario acerca de la naturaleza jurídica y los fines de la institución del despido por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio contemplada en el artículo 161 del Código del Trabajo.

Sí resulta relevante, en cambio, destacar la manera en que actualmente la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema ha conceptualizado los requisitos para su invocación con arreglo a Derecho. De acuerdo a esta exégesis, las necesidades de la empresa sólo son justificadas cuando se asilan en aspectos objetivos y exógenos a la voluntad del empleador. En este contexto, el vocablo cardinal de la norma es “necesario”, que acuerdo a la definición de la RAE⁸⁵ es aquello “[q]ue forzosa o inevitablemente ha de ser o

⁸⁵ <https://dle.rae.es/necesario>

sucedier” o “[q]ue se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo”.

Luego, cuando la norma dice que el empleador podrá poner término al contrato de trabajo cuando concurren las hipótesis de necesidades de la empresa que describe que “hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores”, quiere decir que debe tratarse de hechos objetivos y ajenos a la voluntad del empleador, de modo que el despido se torna una medida ineludible y obligada para proteger la fuente del empleo, de suerte “[q]ue se hace y ejecuta [el despido] obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo”.

Los contornos de esta causal han ido fijándose en el sentido descrito al decidir, por ejemplo, que “... por otro lado, como ha dicho esta Corte con anterioridad, cabe considerar que tratándose de una causal de despido objetiva, ajena entonces a la conducta contractual o personal del dependiente y que excede, por cierto, la mera voluntad del empleador, requiere, en todo caso, la concurrencia de hechos o circunstancias que la hagan procedente”⁸⁶.

De igual modo, se ha resuelto “[q]ue, entonces, atendido los términos de la norma citada, interpretada a la luz de los principios señalados en el motivo 3º, el

⁸⁶ Excelentísima Corte Suprema, unificación de Jurisprudencia N° 4881–2015, “PÉREZ CON LATAM”, de 31 de diciembre de 2015.

empleador sólo puede invocar la causal de que se trata aludiendo a aspectos de carácter técnico o económico referidos a la empresa, establecimiento o servicio, y es una de tipo objetiva, por ende, no se relaciona con la conducta desplegada por el trabajador, y excede la mera voluntad del empleador”⁸⁷, agregando que “la razón del despido debe centrarse en necesidades de carácter económico o tecnológico, esto es, que autoriza al empleador a despedir cuando no puede mantener la fuente laboral por motivos de naturaleza objetiva; en razón de lo anterior, los hechos que la constituyen deben ser ajenos a la voluntad de las partes, pues apunta a que el trabajador sea desvinculado por mociones objetivas”⁸⁸; que “la causal se coliga con impulsos de índole económico, tecnológico o estructural, no relacionados a la persona del trabajador, por lo mismo, con su capacidad, ergo, son causas relacionados con el funcionamiento de la empresa, derivadas de un excedente de mano de obra o la reducción de los puestos de trabajo por razones económicas o técnicas”⁸⁹; que “debe tratarse de una situación objetiva que afecta a la empresa establecimiento o servicio, por ende, no puede invocarse por simple arbitrio del

⁸⁷ Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 35742–2017, “MEDEL CON SAN FRANCISCO INVESTMENT”, de 8 de enero de 2018.

⁸⁸ LANATA FUENZALIDA, G. 2010. Contrato individual de trabajo, 4° ed. actualizada. Santiago, Legal Publishing, p. 283, citado por Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 35742–2017, “MEDEL CON SAN FRANCISCO INVESTMENT”, de 8 de enero de 2018.

⁸⁹ LIZAMA PORTAL, L. 2005. Derecho del Trabajo. Santiago, LexisNexis, pp. 184-185, citado por Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 35742–2017, “MEDEL CON SAN FRANCISCO INVESTMENT”, de 8 de enero de 2018.

empleador o por capricho, caso en el que operaría como un mero despido libre o desahucio; la necesidad tiene que ser grave o de envergadura, por lo que debe tratarse de una situación de tal amplitud que ponga en peligro la subsistencia de la empresa y no meramente una rebaja en sus ganancias, y permanente, entonces, si es transitoria o puede recurrirse a otros medios o medidas que permitan alcanzar el mismo objetivo sin despedir trabajadores, no aplica la causal; y ha de haber relación de causalidad entre las necesidades y el despido, porque es la situación de la empresa la que hace necesaria la separación de uno o más trabajadores”⁹⁰; y que “las necesidades de la empresa que explican el despido pueden ser de índole económica y tecnológica, también una combinación de ambos factores, entendidos de modo amplio, y siempre deben tener alguna gravedad; en tal sentido se ha entendido que un pasajero mal estado económico es riesgo del empresario y no configura la causal, y que entre las necesidades económicas o tecnológicas, por una parte, y el despido, por la otra, debía mediar una relación de causalidad”⁹¹.

⁹⁰ GAMONAL CONTRERAS, S. Y GUIDI MOGGIA, C. 2011. Manual del Contrato de Trabajo. Chile, Legal Publishing, p.387-388, citado por Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 35742–2017, “MEDEL CON SAN FRANCISCO INVESTMENT” de 8 de enero de 2018.

⁹¹ THAYER, W., y NOVOA, P. 1998. Manual de Derecho del Trabajo, 3ª edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 47-48, citado por Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 35742–2017, “MEDEL CON SAN FRANCISCO INVESTMENT” de 8 de enero de 2018.

En este orden de ideas, la causal de necesidades de la empresa no ampara cualquier decisión empresarialmente deseable o incluso correcta pues su raigambre no es el libre despido, asociado a la mera voluntad del empleador; se trata más bien de un instituto tributario de la estabilidad relativa del empleo, y constituye una hipótesis que, si es que concurren hechos objetivos y ajenos a la voluntad del empleador, autoriza el despido de un trabajador.

De esta manera, esta causal no resuelve el conflicto derivado del incumplimiento contractual por parte del trabajador en el ámbito de la productividad, generando un vacío normativo entre el despido por motivos disciplinarios y aquel afincado en las necesidades externas de la empresa.

El problema se genera porque, como veremos, el despido por necesidades de la empresa apareja el pago de una indemnización tarifada mientras que, como ya se ha visto, el despido disciplinario implica el término del vínculo sin derecho a indemnización alguna. Esta fórmula binaria significa que un despido por incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato de trabajo relacionadas con la productividad del trabajador, que en principio se asociaría más a las consideraciones económicas propias de la causal de necesidades de la empresa, tendría sin embargo la misma consecuencia desde la perspectiva indemnizatoria que el despido disciplinario.

2. REGULACIÓN LEGAL DE LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIOS.

El Código del Trabajo, en su artículo 163⁹², trata la indemnización por años de servicios a propósito de la causal de despido del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio (inciso primero) o desahucio escrito dado por el empleador (inciso segundo).

Esta indemnización consiste en que el empleador “deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados

⁹² ROJAS MIÑO, I. 2015. Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo. Santiago, Thomson Reuters, p. 107 a 143: “Respecto de las indemnizaciones por término de contrato, se aumenta el monto máximo de la de antigüedad, en cuanto se mantiene la base de cálculo de a un mes de remuneración por cada año trabajado y fracción superior a seis meses, considerando una remuneración límite de 90 Unidades de Fomento, pero se incrementa el monto máximo de ciento cincuenta a trescientos treinta días de remuneración, aunque ciertamente, se trata de una norma que establece un derecho de mínimo disponible en cuanto por vía de la autonomía individual o del ejercicio de la autonomía colectiva puede aumentarse tanto la base de cálculo como el máximo de dicha indemnización. Esta indemnización por antigüedad procede respecto de las causas de desahucio empresarial y de necesidades de la empresa”.

continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración”⁹³.

Para estos efectos, la última remuneración viene definida por el artículo 172 del Estatuto Laboral y “comprenderá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies valuadas en dinero”, excluyendo los beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año. Respecto de los trabajadores que perciben rentas variables, la base de cálculo será el promedio de las remuneraciones percibidas por el trabajador en los últimos tres meses calendario.

En fin, la base de cálculo señalada tiene un tope de 90 unidades de fomento, considerando el valor del índice reajutable vigente al último día del mes anterior al pago, de lo que se sigue que en su máximo extensión, la indemnización por años de servicios será de 330 unidades de fomento.

⁹³ Sin perjuicio de la excepción del artículo 7º transitorio del Código del Trabajo: “Los trabajadores con contrato de trabajo vigente al 1º de diciembre de 1990 y que hubieren sido contratados con anterioridad al 14 de agosto de 1981, tendrán derecho a las indemnizaciones que les correspondan conforme a ella, sin el límite máximo a que se refiere el artículo 163. Si dichos trabajadores pactasen la indemnización a todo evento señalada en el artículo 164, ésta tampoco tendrá el límite máximo que allí se indica”.

Se trata, por lo tanto, de una indemnización tarifada y cuyo monto viene determinado por el tiempo que duró la relación laboral y por la remuneración del trabajador, sin perjuicio de los topes legales de extensión (trescientos treinta días de remuneración) y de base de cálculo (90 unidades de fomento). Estos topes ciertamente pueden ser mejorados por acuerdo de las partes, ya sea individual o colectivo (artículo 163, inciso primero, del Código del Trabajo).

Como se refiriera antes, la procedencia de esta indemnización exige que el contrato haya terminado por las causales contempladas en el artículo 161 del Código del Trabajo. Con todo⁹⁴, el artículo 168 del Código del Trabajo, en su inciso cuarto, consigna que “Si el juez estableciere que la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, de conformidad a lo dispuesto en este artículo, se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161, en la fecha en que se invocó la causal, y habrá derecho a los incrementos legales que corresponda en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores”.

⁹⁴ ROJAS MIÑO, Irene, *op. cit.*: “El ordenamiento jurídico-laboral vigente establece una indemnización general por término de contrato de trabajo a cargo del empleador, la que en su calidad de derecho mínimo del trabajador procede en determinados supuestos de terminación del contrato; en primer lugar, por aplicación de las causas de necesidades de la empresa y desahucio empresarial, en segundo término, por despido injustificado y despido indirecto y, en tercer lugar, por despido con lesión a derechos fundamentales”.

Se sigue de lo anterior que el empleador que ha invocado indebidamente aquellas causales de terminación que no dan derecho a indemnización, será condenado por el juez del trabajo al pago de la indemnización por años de servicio establecida para la terminación del contrato de trabajo por aplicación de lo dispuesto por el artículo 161 del Código del Trabajo, más un recargo legal, según las normas que al efecto entrega el artículo 168 del cuerpo legal en comento.

En particular, tratándose de la invocación indebida, injustificada o improcedente de las causales del artículo 160 del Código del Trabajo, el recargo será del 80%⁹⁵.

El esquema indemnizatorio reseñado tiene la particularidad que a los intervinientes les basta conocer algunos datos básicos de la relación laboral afinada para estimar la cuantía del juicio mediante el cual se pretende la declaración de injustificación que permite acceder a las indemnizaciones y

⁹⁵ Sin perjuicio de lo dispuesto por el inciso segundo de la norma: "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".

recargos señalados: monto de la última remuneración, tiempo servido y causal de término invocada.

La causal de término invocada forma parte de los datos conocidos porque el empleador está obligado a comunicarla por escrito, mediante la carta que al efecto debe elaborar, atento lo prescrito por el artículo 162 del Código del Trabajo: “Si el contrato de trabajo termina de acuerdo con los números 4, 5 o 6 del artículo 159, o si el empleador le pusiere término por aplicación de una o más de las causales señaladas en el artículo 160, deberá comunicarlo por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda”.

La no invocación de causal alguna es sancionada por el legislador con un recargo del 50% sobre la indemnización por años de servicios.⁹⁶

⁹⁶ Artículo 168, letra B, del Código del Trabajo: *“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:... 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...”*. (El destacado es mío).

En fin, la falta de comunicación por escrito o la inobservancia del requisito de contener “los hechos en que se funda [la exoneración]”, acarrea para el empleador una ulterior consecuencia en sede judicial, que no es otra que la imposibilidad de acreditar en el juicio hechos distintos a los invocados en la misiva de estilo, pues el artículo 454 N° 1 del Código del Trabajo es taxativo al respecto: “en los juicios sobre despido corresponderá en primer lugar al demandado la rendición de la prueba, debiendo acreditar la veracidad de los hechos imputados en las comunicaciones a que se refieren los incisos primero y cuarto del artículo 162, sin que pueda alegar en el juicio hechos distintos como justificativos del despido”.

El corolario de lo expuesto es que si el empleador incumple con su obligación de comunicar por escrito el despido, impidiéndole al trabajador el conocimiento de los hechos en que se afinca y las causales invocadas, no puede luego subsanar esa omisión durante el desarrollo del juicio: las normas transcritas configuran un escenario que no permite relativizar acerca de los requisitos formales del despido, partiendo por la existencia de una carta al efecto que contenga los hechos y el derecho en que se afinca.

Esta exégesis, absoluta dominadora en la jurisprudencia⁹⁷, arranca de la base que una comunicación de despido inexistente, o deficiente desde lo formal, le impedirá al trabajador ejercer adecuadamente su derecho a defensa, pues si la carta mediante la cual se le impone de su exoneración no ha sido puesta en conocimiento del trabajador en tiempo y forma, la demanda ensayada será apenas un ejercicio de intuición o elucubración, con un germen de autoinculpación. Luego, la contestación del empleador será la primera oportunidad que tenga el trabajador de conocer los motivos de su despido, casi coetáneamente con la época en que deberá celebrarse la audiencia de preparación, cercenando de manera evidente sus posibilidades de éxito en el pleito. Consideraciones de la especie han sido expuestas unificando jurisprudencia⁹⁸ por la Excelentísima Corte Suprema:

3º... En efecto, en la sentencia impugnada se concluyó interpretando lo que dispone el inciso 8º del artículo 162 del Código del Trabajo, que la ausencia de comunicación directa de parte del empleador, no anula la terminación del contrato, y que la función de la misiva es la de hacer partícipe al empleado del hecho jurídico que motiva el término de la relación laboral, que podrá negar en el juicio respectivo; y que, en todo caso, la omisión de enviar la carta de despido al domicilio del trabajador no lo dejó en la indefensión, porque los

⁹⁷ Por todos, véase Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 47874–2016, “ESPARZA CON WATT’S”, de 17 de enero de 2017.

⁹⁸ Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 47874–2016, “ESPARZA CON WATT’S”, de 17 de enero de 2017.

hechos fueron puestos en su conocimiento en la Inspección del Trabajo, antes de interponerse la demanda, por lo tanto, no se le impidió su defensa; y en las acompañadas se decidió de manera diferente, en síntesis, que el incumplimiento de las formalidades que impone el artículo 162 del Código del Trabajo, particularmente lo referido al envío de la carta de despido al domicilio del trabajador consignado en el respectivo contrato de trabajo, implica que esa decisión, sin perjuicio de ser válida, es injustificada; razón por la que corresponde determinar cuál postura es la correcta...

(...)

5º Que dicha exigencia se impuso para que quedara establecido, previamente, el presupuesto fáctico sobre el cual debe recaer la prueba que ha de rendir el empleador, esto es, las circunstancias que indicó en la comunicación de desvinculación, léase conducta, comportamiento o situaciones que configuraron la o las causales de término de contrato de trabajo invocadas, y así evitar su corrección o complementación a posterioridad, en el transcurso del juicio; situación, esta última, que dejaba al trabajador en estado de indefensión, porque, en definitiva, al no tener convicción respecto de la causa que motivó su separación de la fuente laboral no estaba en condiciones de defenderse, ofreciendo prueba para rebatirla. Entonces, es precisamente por la relevancia que tiene la misiva a que se alude, que la norma que la consagra ordena que debe ser notificada al trabajador, personalmente o mediante su envío por carta certificada al domicilio registrado en el contrato, lo que ha de perfeccionarse dentro de tercero día hábil siguiente a la cesación, con copia a la Inspección del Trabajo, dentro del mismo plazo...

(...)

8° Que, en ese contexto, el demandado en la etapa procesal correspondiente deberá acreditar la efectividad de los hechos de que da cuenta la misiva a que se ha aludido, correspondiéndole al demandante contradecirlos con los medios de prueba recabados, lo que podrá hacer en la medida que los hechos que sirvieron de fundamento a la decisión que impugna los haya conocido de manera íntegra y oportuna a través de aquella...

La indemnización por años de servicios tarifada, y el esquema de recargos porcentuales por aplicación indebida de la causal invocada, configura un sistema de fácil predicción de la cuantía del juicio que sigue al despido, de modo que el empleador, en cuanto tomador de decisiones económicas, puede incorporar estas variables en su resolución. Así, por ejemplo, frente a un despido por la causal del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo a sabiendas que no cuenta con los medios de prueba idóneos y respecto del cual no está dispuesto a transar, podría optar por no invocar causal alguna, de modo de limitar el recargo al 50% de la indemnización por años de servicios, y no exponerse a uno de 80%.

Incluso, según se revisará en lo sucesivo, este análisis económico de las consecuencias del despido sólo ha de considerar el recargo legal, comoquiera que el costo de la indemnización por años de servicios propiamente tal es posible, e incluso recomendable, que sea provisionado contablemente.

3. LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIOS EN LA LEY LABORAL.

Supera los límites de este trabajo determinar la naturaleza jurídica de la indemnización por años de servicios. Sin embargo, desde una perspectiva puramente legalista, la indemnización por años de servicio establecida en el artículo 163 del Código del Trabajo constituye un mínimo⁹⁹ irrenunciable¹⁰⁰,

⁹⁹ El propio artículo 163 del Código del Trabajo dispone que el empleador, cuando ponga término al contrato de trabajo por las causales del artículo 161 del mismo cuerpo legal, y hubiere estado vigente un año o más, “deberá pagar al trabajador, la indemnización por años de servicios que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente”.

¹⁰⁰ De acuerdo al artículo 5º, inciso segundo, del Código del Trabajo, “los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”. La Dirección del Trabajo ha señalado que la indemnización por años de servicios del artículo 163 del Código del Trabajo participa de este carácter y por ese motivo ha sostenido que “en conformidad a la doctrina vigente del Servicio, contenida entre otros en Ordinarios N°s. 154-05, de 10.01.94 y 3.701-109, de 23.05.91, resulta procedente convenir anticipos de indemnización por años de servicio en la forma que las partes convengan libremente sin sujetarse a límite alguno, por causas distintas del desahucio y de las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como mutuo acuerdo, jubilación, caso fortuito, retiro voluntario, etc.”.

tarifada¹⁰¹, que procede frente a determinadas hipótesis¹⁰² y que resulta incompatible con cualquier otro tipo de indemnización por término del contrato a

¹⁰¹ Treinta días de la última remuneración mensual devengada, con tope de 90UF, por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, con un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración.

¹⁰² Necesidades de la empresa y desahucio escrito dado por el empleador, contempladas en los incisos primero y segundo, respectivamente, del artículo 161 del Código del Trabajo.

la que deba concurrir el empleador¹⁰³, sin perjuicio que se admite¹⁰⁴, por regla

¹⁰³ Art. 176 del Código del Trabajo: “La indemnización que deba pagarse en conformidad al artículo 163, será incompatible con toda otra indemnización que, por concepto de término del contrato o de los años de servicio pudiere corresponder al trabajador, cualquiera sea su origen, y a cuyo pago concurra el empleador total o parcialmente en la parte que es de cargo de este último, con excepción de las establecidas en los artículos 164 y siguientes.

En caso de incompatibilidad, deberá pagarse al trabajador la indemnización por la que opte”.

¹⁰⁴ La Excelentísima Corte Suprema ha unificado jurisprudencia en este sentido. Véase la sentencia dictada en unificación de jurisprudencia N° 20576—2018, “CASTRO CON EMPRESA”, de 25 de septiembre de 2019: “Sexto: Que para determinar si procede la indemnización solicitada, se debe tener presente que la noción de lucro cesante surge a propósito de la clasificación del daño que hace el artículo 1556 del Código Civil... Hay lucro cesante, en consecuencia, cuando se deja de percibir un ingreso o una ganancia. En el caso específico que nos ocupa, el incumplimiento del contrato consistió en ponerle término anticipado al contrato por obra o faena que vinculaba a las partes, en forma injustificada, es decir soslayando el sistema reglado que contempla el código laboral. En consecuencia, y como al suscribir el contrato las partes convinieron recíprocamente la prestación de un servicio personal bajo subordinación y dependencia, por un tiempo específico que está dado por la conclusión de una determinada obra, y el pago de una remuneración por dichos servicios, el empleador queda obligado a pagar al trabajador las remuneraciones que habría percibido de no haber mediado dicho incumplimiento; vale decir, el efecto dañoso que esta conducta generó es que el trabajador dejó de percibir un ingreso al cual el empleador se había obligado, por lo que procede que se le indemnice con la suma correspondiente a dicha pérdida patrimonial”.

general¹⁰⁵, y con arreglo a las normas comunes, la indemnización por lucro cesante por terminación anticipada del contrato a plazo fijo o por obra.

La fisonomía de la actual indemnización fue incorporada “[e]n el primer año del gobierno de la Concertación de partidos por la democracia..., a través de la Ley N° 19.010, [que modificó] el régimen de terminación de contrato de trabajo”¹⁰⁶, y es conceptualizada por la doctrina como una indemnización por antigüedad propiamente tal¹⁰⁷ o para “resarcir la pérdida de los derechos del trabajador relacionados con su antigüedad pues cabe suponer que a lo largo de sus años de servicios en la empresa el trabajador se ha hecho acreedor a ciertas ventajas *intuito personae* en función del tiempo pasado en ella (por ejemplo, bonificaciones de antigüedad, vacaciones acrecentadas en función de sus años de servicios), ventajas de que no gozará inmediatamente en un nuevo empleo, pues deberá recomenzar su carrera desde abajo”¹⁰⁸. También ha sido definida

¹⁰⁵ En contra: Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Ingreso N° 219—2019, “ROMÁN CON EMPRESA PORTUARIA”, de 10 de julio de 2017: “las indemnizaciones a que da lugar el despido injustificado, indebido e improcedente, son aquellas que expresamente contempla el artículo 168 ya citado, razón por la cual habiéndose ejercido la acción de despido injustificado, solo procede el rechazo de lo pretendido por la actora a título de daño moral y lucro cesante, por improcedente”.

¹⁰⁶ ROJAS MIÑO, I. 2015. Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo. Santiago, Thomson Reuters, p. 126.

¹⁰⁷ ROJAS MIÑO, I., *op. cit.*

¹⁰⁸ BRONSTEIN, A. 1993. La protección contra el despido arbitrario en derecho comparado del trabajo, en Derecho del Trabajo: normas y realidad. Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, p. 126.

como una sanción al empleador puesto que “se trataría de la pena que se le impone por haber infringido el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, o haber abusado de su poder disciplinario o de mando, al insistir en el despido”¹⁰⁹.

La conceptualización más interesante, sin embargo, es aquella que la identifica con un salario diferido que se paga junto con el despido. Se trataría de una parte de la remuneración mensual del trabajador que no es pagada sino hasta que se produce su despido. Contra esta idea se ha sostenido, empero, que “esta indemnización como salario diferido debería proceder en caso de cualquier causa que diere término al contrato de trabajo, incluidas las que se configuran a partir de una falta del trabajador. Además, en muchos casos la indemnización como salario diferido concurre a financiar un sistema de seguro de desempleo”¹¹⁰, y también que “no habría razón para que el legislador le pusiera un límite de tiempo ni monto máximo para ser pagada, puesto que lo lógico es que se acumule por todo el tiempo trabajado por el trabajador”¹¹¹

¹⁰⁹ THAYER, W., y NOVOA, P. 1998. Manual de Derecho del Trabajo, Tomo III, 3ª edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 122.

¹¹⁰ ROJAS MIÑO, Irene, *op. cit.*, 112.

¹¹¹ NÚÑEZ VÉJAR, A., y CASTILLO LATOURNERIE, F. 2015. La indemnización por años de servicio en la actual realidad laboral chilena, Memoria para optar al grado de Licencias en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 77.

Tales críticas se afincan en un entendimiento estrictamente jurídico del concepto de salario, es decir, como la contraprestación de los servicios personales prestados bajo subordinación y dependencia por el trabajador, perspectiva bajo la cual el reparo es impecable, pero soslayan una segunda dimensión o acepción del término salario más ligada a la práctica empresarial, cual es la idea de costo global o bruto de la mano de obra, que es la consideración más relevante del empleador al contratar.

4. DIMENSIÓN ECONÓMICA. LA PROVISIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIOS.

La ficción de conocimiento de la ley o *ignorantia juris non excusat*, que arranca de los artículos 6º, 7º y 8º del Código Civil, de conformidad a los cuales la ley es obligatoria desde su publicación y se presume de derecho por todos conocida, sin que sea posible alegar su ignorancia después de su entrada en vigencia, debiera orientar al empresario a incluir la indemnización por años de servicios legal, así como el resto de obligaciones que por ley debe soportar, como el

pago de patentes comerciales e impuestos¹¹², en el precio de los bienes que provee.

El costo económico de esta ficción legal ha sido recogido por el legislador tributario en el artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta (LIR), norma que permite deducir de la renta bruta los gastos necesarios para producirla: “La renta líquida de las personas referidas en el artículo anterior se determinará deduciendo de la renta bruta todos los gastos necesarios para producirla, entendiendo por tales aquellos que tengan aptitud de generar renta, en el mismo o futuros ejercicios y se encuentren asociados al interés, desarrollo o mantención del giro del negocio, que no hayan sido rebajados en virtud del artículo 30°, pagados o adeudados, durante el ejercicio comercial correspondiente, siempre que se acrediten o justifiquen en forma fehaciente ante el Servicio”.

¹¹² Como bien lo ilustra HIDALGO VEGA: “Es en este sentido que podemos hacer un símil, entre las provisiones de las indemnizaciones por años de servicios con los Pagos Provisionales Mensuales (‘PPM’), ya que el legislador tributario obliga a las empresas a provisionar el Impuesto de Primera Categoría a través de los ‘PPM’, en los Formulario N° 29 de declaración mensual, en proporción a las ventas y/o servicios prestados. Lo anterior, está concebido - entre otras cosas - para que las empresas no tengan problemas de flujo de caja en abril de cada año al momento de la operación renta, buscando salvaguardar los intereses fiscales”. HIDALGO VEGA, A. 2015. Las indemnizaciones por término de servicios a la luz de la O.C.D.E. Memoria para optar al grado de Licencias en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 171.

En su inciso cuarto, el artículo en comento se refiere a los gastos especiales, considerando en su numeral seis como tales a los “Sueldos, salarios y otras remuneraciones, pagados o adeudados por la prestación de servicios personales. /Se aceptarán como gasto las asignaciones de movilización, alimentación, viático, las cantidades por concepto de gastos de representación, participaciones, gratificaciones legales y contractuales e indemnizaciones, como así también otros conceptos o emolumentos de similar naturaleza, siempre que los mismos guarden relación directa con la naturaleza de la actividad de los trabajadores en la empresa. Tratándose de pagos voluntarios por estos conceptos, se aceptarán como gasto cuando se paguen o abonen en cuenta y se retengan o paguen los impuestos que sean aplicables”.

Las indemnizaciones legales, como aquella por años de servicios del artículo 163 del Código del Trabajo, forman parte de los “gastos correspondientes a las sumas que tienen su origen en disposiciones legales o contractuales, lo que las transforma en obligatorias para las empresas empleadores que las debe pagar o adeuda a sus trabajadores”¹¹³. Puesto de otro modo: como la indemnización por años de servicio está establecida en la ley, y la ley se presume por todos conocida, el empresario está obligado a pagarla cuando se configura la hipótesis de hecho respectiva, de suerte tal que el legislador le autoriza deducir dicha erogación de su base imponible.

¹¹³ Servicio de Impuestos Internos, Circular N° 53, de 10 de agosto de 2020.

De esta manera, la indemnización legal por años de servicio debiera formar parte del presupuesto del empresario tal como, por ejemplo, el feriado legal, pues “si realizamos un análisis desde el punto de vista de la Teoría Económica, rápidamente la idea de unas vacaciones pagadas por los empresarios como un derecho de los trabajadores se desmorona. La razón básica de esto es que para el empresario que decide poner en marcha un proceso productivo, y se ve en la necesidad de realizar el pertinente cálculo económico, no existe respecto de los costes en que incurra en salarios mayor diferencia entre si éstos se pagan por completo en el período estipulado en el contrato, o si la ley le obliga a pagarlos parcelados en distintos períodos de tiempo... lo que hace el empresario en su cálculo es provisionarla y descontarla de la productividad del trabajador, esto es, de lo que le corresponde al trabajador como salario bruto... Se reduce el monto del salario bruto para restituirse al tiempo que la ley señala...”¹¹⁴.

El caso de la indemnización por feriado es relevante porque se devenga frente a la terminación del contrato de trabajo, cualquiera haya sido su motivo o causal, incluyendo la prorrata de la última anualidad, en la forma de feriado

¹¹⁴ MARTÍNEZ RIVERA, J. 2012. Estudios de economía y legislación laboral, Memoria para optar al grado de Licencias en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

proporcional¹¹⁵, a diferencia de la indemnización por años de servicio, que se paga sólo en los casos descritos por el artículo 163 del Código del Trabajo, lo que permite concluir que efectivamente la indemnización por feriado constituye una parte de la remuneración del trabajador cuyo pago es diferido en el tiempo, y nos permite evidenciar que el costo de la mano de obra para el empresario no viene dado únicamente por el pago de la remuneración bruta mensual, sino que ha de considerar todo el resto de erogaciones que por ley debe realizar, recordando que una de las críticas más recurrentes para desestimar la tesis del “salario diferido” respecto de la indemnización por años de servicios es que esta no se paga a todo evento, lo que no podría predicarse con relación a la indemnización por feriado.

Aceptando entonces que de manera individual no es posible determinar exactamente *ex ante* el costo que tiene para el empresario un trabajador determinado, pues el pago de la indemnización por años de servicios no procede en todos los casos de terminación del contrato de trabajo, sí resulta

¹¹⁵ Artículo 73 del Código del Trabajo: “El feriado establecido en el artículo 67 no podrá compensarse en dinero. /Sólo si el trabajador, teniendo los requisitos necesarios para hacer uso del feriado, deja de pertenecer por cualquiera circunstancia a la empresa, el empleador deberá compensarle el tiempo que por concepto de feriado le habría correspondido. /Con todo, el trabajador cuyo contrato termine antes de completar el año de servicio que da derecho a feriado, percibirá una indemnización por ese beneficio, equivalente a la remuneración íntegra calculada en forma proporcional al tiempo que medie entre su contratación o la fecha que enteró la última anualidad y el término de sus funciones”.

plausible determinar el valor global de la mano de obra, dado que lo que sí sabemos es que “la ley obliga a los empleadores a retener una parte del salario bruto de los trabajadores con miras a restituirlo entre algunos de ellos, según se cumpla una condición mixta, que depende en parte de un acaso y en parte de la mera voluntad del deudor”¹¹⁶.

Considerando lo anterior es posible provisionar contablemente una cuenta de indemnizaciones por término de servicios¹¹⁷, pudiendo invertirse “en el mercado de capitales de bajo riesgo como, por ejemplo, son los depósitos a plazo... el valor de la indemnización, sumado al reajuste e interés del mercado, con un bajo riesgo, permite dejar de lado el criterio nominal y alcanzar una reajustabilidad de la moneda como unidad económica, sin desgastes de tipo financiero, calculado el valor presente del gasto futuro”¹¹⁸.

Así entendida, la provisión contable de la indemnización por años de servicios constituye la materialización del motivo por el cual el legislador tributario permite descontar de la base imponible las erogaciones que por dicho concepto

¹¹⁶ MARTÍNEZ RIVERA, Jorge, *op. cit.*, p. 97.

¹¹⁷ PALAVECINO, C. 2009. La Terminación del Contrato de Trabajo, apuntes de clases. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Citado por HIDALGO VEGA, Abel, *op. cit.*, p. 172.

¹¹⁸ HIDALGO VEGA, Abel, *op. cit.*, p. 223.

deba realizar el empleador; y le permite presupuestar adecuadamente, incluyendo estos gastos como necesarios para producir su renta.

5. ENTRE EL DESPIDO DISCIPLINARIO Y EL DESPIDO POR NECESIDADES DE LA EMPRESA. DECISIÓN ECONÓMICA.

Como ya se ha esbozado, existe una zona no regulada bien amplia que queda delimitada de un lado por el despido disciplinario justificado, que permite romper el vínculo sin derecho a indemnización y del otro, por el despido por consideraciones exógenas a la empresa, que da derecho a una indemnización con las características anotadas.

Dentro de esta zona cabría la posibilidad que el empleador invocase la causal de despido del artículo 160 N° 7 del Código de Trabajo ante incumplimientos contractuales no reñidos con la disciplina sino, por ejemplo, con la productividad del trabajador.

En efecto, si el empleador es acreedor de la obligación de prestar servicios de parte del empleador, y si los términos de dicha obligación pueden estar definidos por el propio empleador, o preferentemente por él, en el contrato de trabajo y en los demás instrumentos que por ley conforman el contenido

obligacional de la relación laboral (desde luego la ley y la ejecución de buena fe de los pactos, pero también el reglamento interno, el contrato o convenio colectivo, el código de ética y los manuales y protocolos internos), es perfectamente posible que el incumplimiento de dicha obligación, o su cumplimiento imperfecto, configure la causal del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo.

Desde luego que la entidad del incumplimiento quedará entregada en definitiva al juez laboral, quien determinará si la invocación de la causal se ajustó a Derecho o no.

Es en este trance cuando la decisión económica del empleador adquiere relevancia, pues si ha provisionado la indemnización por años de servicios, el riesgo de una decisión judicial desfavorable viene dado por el recargo del 80% por injustificación de la causal de término esgrimida.

Por lo tanto, lo predecible sería que el empleador, frente a casos de incumplimientos contractuales débiles, o de obligaciones laborales no esenciales, eche mano al despido por necesidades de la empresa, puesto que en tal caso su riesgo queda acotado al 30% de recargo.

De otro lado, ante incumplimientos contractuales severos, aun cuando no se vinculen a aspectos disciplinarios de la relación laboral, debiera recurrir a la causal del artículo 160 N° 7.

Esta disyuntiva evidencia, entonces, que el actual esquema de causales de despido no da cuenta de una solución satisfactoria al problema de los incumplimientos contractuales graves no disciplinarios, porque finalmente la decisión del empleador informado adoptará la forma más conveniente mirando las consecuencias que en un juicio pueda tener, lo que se traduce eminentemente en un asunto de costo por el recargo, cuestión que podría provocar resultados no deseables como que un trabajador despedido por incumplimientos contractuales severos pero no disciplinarios, vea alterado su futuro laboral porque la causal que constará en los documentos del despido —la carta y el finiquito— se asocia típicamente a reproches conductuales.

Este problema es de común ocurrencia en la práctica forense, siendo habitual que una de las condiciones de la conciliación en el juicio laboral por despido injustificado sea el otorgamiento de un nuevo finiquito por otra causal que resulte menos gravosa para la búsqueda futura de empleo del trabajador despedido, típicamente la causal de necesidades de la empresa del artículo 161 del Código del Trabajo.

CONCLUSIONES

La regulación del despido en el Código del Trabajo asume dos premisas: por una parte, que el empleador tiene la potestad de sancionar con el despido disciplinario la conducta del trabajador, terminando el vínculo de manera unilateral y sin derecho a indemnización; y por otra, que ante causas exógenas a su voluntad, asociadas a las condiciones del mercado, podrá despedir personal invocando las necesidades de la empresa, debiendo hacer frente a una indemnización tarifada.

Con todo, hace falta detenerse en la causal del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, que autoriza ponerle término al vínculo frente a incumplimientos contractuales graves, lo que normalmente se asocia al ejercicio de la potestad disciplinaria del empleador. Sin embargo, tanto de *lege stricta* como de *lege ferenda* existen poderosos motivos para entender que la hipótesis en cuestión puede referirse a incumplimientos contractuales no relacionados con aspectos disciplinarios.

En efecto, por una parte, el texto normativo en ninguna parte acota su ámbito de aplicación a cuestiones disciplinarias; y por otra, si esta causal sirve a su vez para fundamentar el despido indirecto ejercido por el trabajador, quien

evidentemente carece de la potestad disciplinaria del empleador, entonces por fuerza ha de tener un contenido normativo más amplio.

Esta observación nos permite definir la causal en comento como una causal no residual, con fisonomía y requisitos propios, relacionados al contenido obligacional del contrato de trabajo, y de tésitura abierta, de modo que puede abarcar hipótesis de incumplimientos contractuales no disciplinarios, lo que no hace sino refrendar el amplio poder que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, comoquiera que será él quien de manera preferente y preliminar fijará el contenido obligacional de la relación laboral cuya inobservancia le franqueará después la decisión de exonerar. Este poder en el ámbito del despido queda de manifiesto en que por regla general, y salvo contadísimas excepciones, la decisión de no preservar en el vínculo laboral será plenamente eficaz.

Uno de los problemas que surge de lo que se viene razonando es que dado que el régimen indemnizatorio del Código del Trabajo es binario —pues el empleador será deudor o no de una indemnización por despido según cuál sea la causal que invoque—, un trabajador podría ser despedido por un incumplimiento contractual que aun siendo grave, no sea de tipo disciplinario y no obstante ello, no tendría derecho a indemnización, como en los casos analizados de atrasos reiterados, incumplimiento de metas de productividad e

insatisfacción de obligaciones accesorias, como aquellas de hacer en materia de seguridad en el trabajo.

Luego, y pareciéndome pacífico que recurrir a la hipótesis de despido en comento frente a la inobservancia de obligaciones que son definitorias del vínculo laboral, tal como ocurre, *mutatis mutandi*, cuando se le invoca en el marco de un despido indirecto, debiera culminar en una decisión judicial que considere dicha decisión ajustada a Derecho, reconozco que dicha conclusión puede generar problemas desde la perspectiva de la justicia material, al emparentar las consecuencias de un despido disciplinario con uno que se afinca en otras consideraciones.

La práctica forense, empero, introduce un elemento ulterior a tener en cuenta, y es que el empleador reputa y adopta la decisión del despido como un hecho: sólo de manera posterior será modulada por los operadores jurídicos en cuanto a sus efectos, particularmente en materia de indemnizaciones.

Dado el régimen de indemnización tarifada y recargos prefijados por incorrecta invocación de una causal, el empleador que ha estimado correctamente el costo global de mano de obra y ha provisionado la indemnización por años de servicios, gozará de amplia libertad frente a un caso difícil, pues ante la disyuntiva de un recargo del 80% por indebida aplicación de la causal del

artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, podrá preferir la invocación conscientemente errónea de otra causal inocua pero asociada a un incremento de un 30% o un 50%, todo ello aun prescindiendo de la posibilidad de un acuerdo con el trabajador despedido que evite el pago del total de la indemnización recargada. A la inversa, y lo que parece más problemático, es que frente a un buen caso, el empleador podría optar efectivamente por la causal del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, lo que genera distorsiones desde la perspectiva de justicia material debido a las consecuencias que en la vida laboral del trabajador despedido tendrá el haber sido exonerado por un motivo que se asocia típicamente a desobediencias disciplinarias.

Esta constatación nos debería conducir a cuestionar la inclusión de una causal como la de la especie dentro del catálogo del artículo 160 del Código del Trabajo, pues si es cierto que en su virtud se autoriza el término del contrato de trabajo por un incumplimiento contractual grave no disciplinario, su tratamiento indemnizatorio y el de recargo por incorrecta invocación de la causal debiera ser distinto, especialmente si las consideraciones contables de provisión de la indemnización por años de servicio fueran generalmente aplicadas.

Otra observación que deriva de la práctica es que el trabajador cuyo finiquito haga alusión a la causal en comento tendrá dificultades para reinsertarse en el

mundo laboral, por la asociación generalizada de dicho motivo a hipótesis disciplinarias.

Por lo expuesto es que considero que la causal en análisis debiera tener un tratamiento independiente del artículo 160 del Código del Trabajo, sin escapar necesariamente a la lógica de la indemnización tarifada pero con un recargo diferenciado, menor al 80%, con el objeto de que no se le asocie necesariamente a un reproche de tipo disciplinario pero permitiendo dar respuesta a los incumplimientos contractuales graves, asumido el amplio poder que se le concede al empleador al momento del despido.

BIBLIOGRAFÍA

1. BRONSTEIN, A. 1993. La protección contra el despido arbitrario en derecho comparado del trabajo, en Derecho del Trabajo: normas y realidad. Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello.
2. BULNES, L. 1980. La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980, en Revista de Derecho Público N° 28. Santiago, Universidad de Chile.
3. DOMÍNGUEZ MONTOYA, A., y WALTER DÍAZ, R. 2017. El despido disciplinario por incumplimiento grave de las obligaciones laborales en el ordenamiento jurídico chileno, en Revista de Derecho N° 241 (enero - junio). Chile.
4. FERNÁNDEZ TOLEDO, R. 2017. El Poder Disciplinario del Empleador. Chile, Editorial Thomson Reuters.
5. GAMONAL CONTRERAS, S. (2013). THE PRINCIPLE OF PROTECTION OF WORKERS IN THE CHILEAN CONSTITUTION. *Estudios constitucionales*, 11(1), 425-458. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100011>
6. GAMONAL CONTRERAS, S. Y GUIDI MOGGIA, C. 2011. Manual del Contrato de Trabajo. Chile, Legal Publishing.
7. GIL y GIL, J. 1993. Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.

8. HART, H. 1961. El concepto de derecho, traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
9. HIDALGO VEGA, A. 2015. Las indemnizaciones por término de servicios a la luz de la O.C.D.E. Memoria para optar al grado de Licencias en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
10. IRURETA URIARTE, P. 2006. Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena, en Colección de Investigaciones Jurídicas. Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
11. IRURETA URIARTE, P. 2014. La noción jurídica de empleador ante el Derecho del Trabajo, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLII. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
12. IRURETA URIARTE, P. 2014. El núcleo laboral del Derecho Constitucional a la Libertad de Empresa, en Estudios Constitucionales, Año 11, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Talca, Universidad de Talca.
13. LANATA FUENZALIDA, G. 2010. Contrato individual de trabajo, 4° ed. actualizada. Santiago, Legal Publishing.
14. LIZAMA PORTAL, L. 2005. Derecho del Trabajo. Santiago, LexisNexis.
15. MARTÍNEZ RIVERA, J. 2012. Estudios de economía y legislación laboral, Memoria para optar al grado de Licencias en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

16. MELIS VALENCIA, C., y SÁEZ CARLIER, F. 2009. El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo. Santiago, Editorial Jurídica Conosur.
17. MUNITA LUCO, E., 2014. El perjuicio económico como elemento de la configuración de la gravedad del despido. Santiago, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 5, N° 9, pp. 63-82.
18. NADAL SERRI, D. 2003. El despido en el Código del Trabajo. Santiago, Lexis Nexis.
19. NÚÑEZ VÉJAR, A., y CASTILLO LATOURNERIE, F. 2015. La indemnización por años de servicio en la actual realidad laboral chilena, Memoria para optar al grado de Licencias en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
20. PALAVECINO, C. 2009. La Terminación del Contrato de Trabajo, apuntes de clases. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho.
21. PALAVECINO C., y POBLETE J., Carlos. 2010. Apuntes sobre Derecho Penal del Trabajo, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, N° 2. Santiago.
22. ROJAS MIÑO, I. 2013. La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

23. ROJAS MIÑO, I. 2015. Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo. Santiago, Thomson Reuters.
24. THAYER, W., y NOVOA, P. 1998. Manual de Derecho del Trabajo, 3ª edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
25. UGARTE CATALDO, J. L. 2014. Derecho del Trabajo, Invención, Teoría y Crítica. Santiago, Thomson Reuters.
26. VARGAS MIRANDA, R. 2014. Terminación del Contrato de Trabajo. Santiago, Editorial Metropolitana.
27. VIVANCO CISTERNAS, M. 1994. El Despido Laboral. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
28. WALKER ERRÁZURIZ, F. 2003. Derecho de las relaciones Laborales, un Derecho Vivo. Santiago, Editorial Universitaria.

JURISPRUDENCIA Y DICTÁMENES

29. Excelentísimo Tribunal Constitucional, rol N° 1413, de 16 de noviembre de 2010.
30. Excelentísimo Tribunal Constitucional, rol N° 1971, de 14 de abril de 2011.
31. Excelentísimo Tribunal Constitucional, rol N° 1852, de 26 de julio de 2012
32. Excelentísimo Tribunal Constitucional, rol N° 2086, de 16 de diciembre de 2012.

33. Excelentísimo Tribunal Constitucional, rol N° 2110, de 16 de diciembre de 2012.
34. Excelentísimo Tribunal Constitucional, rol N° 2114, de 16 de diciembre de 2012.
35. Excelentísimo Tribunal Constitucional, rol N° 2182, de 16 de diciembre de 2012.
36. Excelentísimo Tribunal Constitucional, rol N° 2197, de 16 de diciembre de 2012.
37. Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 15323—2013, “FERNÁNDEZ CON ÁLVAREZ”, de 7 de agosto de 2014.
38. Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 3668—2014, “ROMÁN CON EASON”, de 27 de noviembre de 2014.
39. Excelentísima Corte Suprema, unificación de Jurisprudencia N° 4881—2015, “PÉREZ CON LATAM”, de 31 de diciembre de 2015.
40. Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 47661—2016, “ALCALDE CON YÁÑEZ”, de 22 de marzo de 2017.
41. Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 47874—2016, “ESPARZA CON WATT’S”, de 17 de enero de 2017.
42. Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 35742—2017, “MEDEL CON SAN FRANCISCO INVESTMENT” de 8 de enero de 2018.
43. Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 2405—2018, “ARANCIBIA CON INMOBILIARIA”, de 1 de julio de 2019.

44. Excelentísima Corte Suprema, unificación de jurisprudencia N° 20576—2018, “CASTRO CON EMPRESA”, de 25 de septiembre de 2019.
45. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Ingreso N° 219—2019, “ROMÁN CON EMPRESA PORTUARIA”, de 10 de julio de 2017.
46. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso N° 606—2019-Laboral-Cobranza, “OPAZO CON UNIVERSIDAD”, de 11 de julio de 2019.
47. Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, RIT T—515—2018, “GUTIÉRREZ CON BANCO”, de 1 de agosto de 2019.
48. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T—1310—2018, “OLMEDO CON BANCO”, de 13 de agosto de 2019.
49. Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, RIT T—155—2019, “HERNÁNDEZ CON IGLESIA”, de 9 de noviembre de 2019.
50. Dirección del Trabajo, Ord. N° 8005, de 11 de diciembre de 1995.
51. Dirección del Trabajo, Ord. N° 3701/109, de 11 de diciembre de 1995.
52. Dirección del Trabajo, Ord. N° 287/14, de 11 de enero de 1996.
53. Dirección del Trabajo, Ord. N° 2856/162, de 30 de agosto de 2002.
54. Dirección del Trabajo, Ord. N° 1279/19, de 17 de marzo de 2006.
55. Dirección del Trabajo, Ord. N° 2210/035, de 10 de junio de 2009.
56. Servicio de Impuestos Internos, Circular N° 53, de 10 de agosto de 2020.