

1. REGULACIÓN	5
2. SISTEMATIZACIÓN.....	5
3. RÉGIMEN GENERAL O CAUSADO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	5
3.1. LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN QUE DEPENDEN DE LA VOLUNTAD DEL EMPLEADOR O DE HECHOS QUE AFECTAN A LA EMPRESA.	6
3.1.1. <i>el despido disciplinario</i>	6
3.1.1.1. Causas.....	7
1.ª Conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas.	7
a) Falta de probidad en el desempeño de sus funciones.	7
b) Conductas de acoso sexual.	8
c) Vías de hecho, en contra del empleador o cualquier otro trabajador de la misma empresa.	8
d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador.	8
e) Conducta inmoral que afecte a la empresa donde se desempeña.	9
2.ª Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.	10
3.ª Ausencias injustificadas.....	11
4.ª Abandono del trabajo.....	12
5.ª Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad, a la actividad o a la salud de los trabajadores.	14
6.ª El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.	15
7.ª Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.....	15
8.ª Negativa a firmar el contrato de trabajo.....	19
3.1.1.2. Procedimiento.....	19
3.1.1.2.1. <i>Despido del trabajador alimentante</i>	22
3.1.1.2.2. <i>Despido del trabajador por conductas de acoso sexual</i>	22
3.1.1.3. Efectos.....	24
a) Despido justificado.	24
b) Despido injustificado (indebido).	24
c) El despido nulo.	25
3.1.2. <i>LA TERMINACIÓN POR Caso fortuito o fuerza mayor</i>	28
3.1.2.1. Causa.....	29
3.1.2.2. Procedimiento.....	30
3.1.2.3. Efectos.....	31
a) <i>Terminación justificada</i>	31
b) <i>Terminación injustificada</i>	31
c) <i>Nulidad</i>	31
3.1.3. <i>La terminación por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio</i>	32
3.1.3.1. Causal.....	32
3.1.3.2. Procedimiento.....	33
3.1.3.3. Efectos.....	35
a) Procedencia.....	36
a) Nulidad.....	37
3.2. TERMINACIÓN POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR O CAUSAS QUE AFECTAN A SU PERSONA.	37
3.2.1. <i>el desistimiento sin causa justificada o renuncia del trabajador</i>	37
3.2.1.1. Concepto.....	37
3.2.1.2. Requisitos formales.....	38
3.2.1.3. Efectos.....	39
3.2.2. <i>La resolución por causa justificada o despido indirecto</i>	40
3.2.2.1. Concepto.....	40
3.2.2.2. Procedimiento.....	41
3.2.2.3. Efectos.....	41
3.2.3. <i>Muerte del trabajador</i>	43
3.2.4. <i>LA INVALIDEZ DEL TRABAJADOR NO ES CAUSAL DE TÉRMINO</i>	44
3.3. LA TERMINACIÓN POR VOLUNTAD CONJUNTA DE TRABAJADOR Y EMPLEADOR.	45
3.3.1. <i>Terminación por mutuo acuerdo</i>	45

3.3.2. Terminación por causas pactadas (vencimiento del plazo convenido).....	46
3.3.2.1. Concepto.....	46
3.3.2.2. Procedimiento.....	47
3.3.2.3. Efectos.....	48
3.3.3. terminación de contratos temporales por Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.....	49
3.3.3.1. Causa.....	49
3.3.3.2. Procedimiento.....	51
3.3.3.3. Efectos.....	51
4. RÉGIMEN DE TERMINACIÓN NO CAUSADO O POR SIMPLE DESAHUCIO DEL EMPLEADOR.....	53
4.1. TRABAJADORES QUE PUEDEN SER DESPEDIDOS SIN EXPRESIÓN DE CAUSAL:.....	53
4.2. EFECTOS.....	53
4.3. PROCEDIMIENTO.....	54
5. DERECHO DE IMPUGNAR JUDICIALMENTE LA CAUSAL DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	55
5.1. EL DESPIDO “SIN CAUSA LEGAL”.....	56
5.2. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.....	59
6. LAS INDEMNIZACIONES POR TÉRMINO DE CONTRATO.....	63
6.1. LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DEL PREAVISO.....	63
6.2. LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO.....	65
6.2.1. Monto y cálculo de la indemnización legal.....	68
6.2.1.1. El monto.....	68
6.2.1.2. La base de cálculo.....	69
1) Trabajadores con remuneración mensual fija.....	69
2) Trabajadores con remuneraciones variables.....	73
6.2.1.3. Tope de remuneración mensual para base de cálculo.....	74
6.2.3. Reajustabilidad y devengamiento de intereses.....	74
6.3. PACTO SUSTITUTIVO DE LA INDEMNIZACIÓN LEGAL POR AÑOS DE SERVICIO.....	74
6.3.1. Concepto:.....	75
6.3.2. Características:.....	75
6.4. INDEMNIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE CASA PARTICULAR.....	77
6.5. INDEMNIZACIÓN PACTADA O CONVENCIONAL.....	78
6.6. ASPECTOS TRIBUTARIOS DE LAS INDEMNIZACIONES POR TÉRMINO DE CONTRATO.....	79
¿Cómo se armonizan ambas disposiciones?.....	79
6.7. POSIBILIDAD DE ADELANTAR EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO.....	86
6.7.1.- Noción:.....	86
6.7.2.- Procedencia.....	86
6.7.3.- Tratamiento tributario de los anticipos.....	88
6.8. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INDEMNIZACIONES POR TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	89
6.8.1. La indemnización sustitutiva del aviso previo.....	89
6.8.2. La indemnización por años de servicios.....	92
6.8.2.1. Complemento de la indemnización por preaviso.....	93
6.8.2.2. Premio a la antigüedad.....	96
6.8.2.3. Premio a la fidelidad.....	97
6.8.2.4. Doctrina del riesgo profesional.....	98
6.8.2.5. Sanción o pena.....	99
6.8.2.6. Preventiva ante la desocupación.....	100
6.8.2.7. Asistencia y previsión social.....	102
6.8.2.8. Salario diferido.....	102
6.8.2.9. Restitución de la riqueza aportada.....	104
6.8.2.10. Institución compleja.....	106
6.8.2.11. Resarcimiento de daños.....	108
6.8.2.12. Crítica y posición propias.....	116

<i>6.8.3. Naturaleza jurídica de los recargos de la indemnización por años de servicio en caso de despido injustificado, indebido o improcedente.</i>	122
7. EL DESAFUERO.	124
8. EL FINIQUITO	125

LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.*

1. REGULACIÓN

Salvo tres preceptos extravagantes, las normas sobre terminación del contrato de trabajo en Chile las encontramos en el **Título V del Libro I CT**, denominado *DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO*.

2. SISTEMATIZACIÓN

Podemos distinguir dos regímenes. Uno de carácter general, causado, y otro de carácter especial, no causado. Este último se aplica a los trabajadores con poder de representar al empleador, dotados con facultades generales de administración; a los trabajadores de exclusiva confianza y a los trabajadores de casa particular.

A su vez, dentro del régimen causado de terminación podemos ordenar las causales en tres grupos: 1) Causales de terminación que dependen de la voluntad del empleador o de hechos que afectan a la empresa; 2) Causales de terminación que dependen de la voluntad del trabajador o de hechos que afectan a su persona; y 3) Causales de terminación que dependen de la voluntad conjunta del empleador y del trabajador.

3. RÉGIMEN GENERAL O CAUSADO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

De conformidad con el régimen general, la terminación del contrato de trabajo debe obedecer a unas causas determinadas. Las causas aparecen enumeradas en los **arts. 159, 160 y 161 CT** y en tres preceptos que están fuera del Título V del Libro I CT, el **art. 9.º inc. 3.º CT**, el **art. 140** y el **art. 152 CT**.

* Apunte revisado y actualizado al 3 de noviembre de 2010 por el sr. **Jonatan Israel Navon**, colaborador del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

3.1. LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN QUE DEPENDEN DE LA VOLUNTAD DEL EMPLEADOR O DE HECHOS QUE AFECTAN A LA EMPRESA.

Podemos agrupar estas causales en dos grupos: a) Causas relacionadas con la conducta del trabajador (despido disciplinario); b) Causas relacionadas con el funcionamiento de la empresa (necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y caso fortuito o fuerza mayor)

3.1.1. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

El **art. 160** CT faculta al empleador para poner término al contrato, esto es, para despedir al trabajador, cuando éste incurre en alguna de las causales que el propio precepto establece. Todas ellas constituyen hipótesis de mala conducta del trabajador, es decir, importan una inobservancia de sus obligaciones contractuales o de la buena fe contractual.

Al ser causales *subjetivas*, no basta que el trabajador incurra objetivamente en el comportamiento descrito en la causal, sino que, además, dicho incumplimiento debe ser susceptible de imputación subjetiva, esto es, atribuible a dolo o malicia del trabajador o, en su caso, a culpa o negligencia del mismo.

De ello se sigue que la relación de trabajo termina como una sanción o castigo al mal comportamiento del trabajador. Por eso hablamos de despido disciplinario. Como sanción adicional, *el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna*, conforme al **art 160** CT. Las mismas características reúne la causal que contempla el **art. 9.º inc. 3.º** CT, la cual se refiere al dependiente que se niega injustificada y contumazmente a firmar el instrumento en el cual consta su contrato de trabajo.

3.1.1.1. Causas

Las causas del despido disciplinario vienen enumeradas en el **art. 160 CT** y en el **art. 9.º inc. 3.º CT** y pueden sintetizarse en la expresión legal: “Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato” (**art. 160 N.º 7 CT**). A saber:

1.ª Conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas.

La ley señala cuáles son estas conductas:

a) Falta de probidad en el desempeño de sus funciones.

De acuerdo con el Diccionario de la R.A.L., *probidad*, indica rectitud de ánimo, honrabilidad de bien, integridad en el obrar, honradez. Esta acepción fue recogida por la jurisprudencia. Esta causal se refiere a los atentados contra la buena fe contractual, por lo tanto, quedan comprendidos en ella el lucro indebido y el fraude. Aunque, como ha señalado la jurisprudencia, no es necesario la configuración de un delito para invocar esta causal. Basta que los hechos sean de entidad y gravedad suficientes¹. Sin embargo, incluso en el caso de configurarse un delito y que éste quede acreditado, puede estimarse como despido injustificado si es que no se configura el requisito de gravedad, como observamos: «Si bien ha quedado claramente establecido que hay una conducta indebida del actor, en que se ha faltado a la honradez y el buen actuar, al sacar de la empresa en que trabaja 24 yogures, ésta no tiene la gravedad para justificar el despido»²

¹ C.A. de Copiapó, 13/02/2003, Rol N°1326, confirmada por la C.S. Rol N°1150-03.

² Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 02/03/2010, RIT:T-76-09, MJJ23930.

b) Conductas de acoso sexual.

Esta causal fue introducida por la Ley 20.005 de 18 de marzo de 2005. La ley entiende por acoso sexual “el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentido por quien lo recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades de empleo”.

c) Vías de hecho, en contra del empleador o cualquier otro trabajador de la misma empresa.

Aquí se comprenden los actos de violencia física realizados por el trabajador contra cualquier persona de la empresa o aun ajena a la misma, siempre que tales actos de violencia se materialicen en ocasión o como consecuencia del trabajo. Se ha resuelto que no configura la causal la riña de trabajadores en las faenas si no son graves ni acarrear daños para el empleador³

d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador

En otras legislaciones se contempla la causal “malos tratamientos de obra o de palabra”. Los primeros corresponden a lo que el CT llama, *vías de hecho*, en tanto que los malos tratamientos de palabra equivalen a lo que este precepto denomina *injurias*. Esta causal plantea la cuestión del ejercicio de la libertad de expresión del trabajador. En mi opinión, el ejercicio de esta libertad por el trabajador sólo reconoce como límite la protección penal de la honra del empleador, de manera que la causal sólo se configuraría frente a la injuria o la calumnia proferida por el trabajador contra su superior. Se ha fallado que cierta expresión «no puede considerarse injuriosa en los términos del artículo 160 N° 1, del Código del Trabajo, toda vez que lo natural entre personas que efectúan funciones como aquellas

³ C.A. de Talca, 16/05/2002, Rol N°1570, confirmada por la C.S., Rol N° 2294-02.

materias del contrato, como también entre compañeros, es la utilización de frases directas y de términos francos, sin que su empleo implique injuria, menoscabo o desprestigio»⁴.

e) Conducta inmoral que afecte a la empresa donde se desempeña.

La “conducta inmoral”, es la que atenta contra la concepción general de lo bueno, lo correcto y lo decente, teniendo en cuenta que vivimos en una sociedad que mayoritariamente comparte los valores morales de la cultura occidental judeo-cristiana. Ilustremos esta causal con dos ejemplos jurisprudenciales: «Incorre en falta de probidad o moralidad el jefe de producción de una empresa que mantiene relaciones amorosas con la cónyuge de su empleador, que se desempeña como cajera en ausencia de su propietario, lo que constituye una conducta contraria a la ética y un atentado grave a las obligaciones de rectitud, lealtad y honradez que debe el dependiente por la confianza depositada en él»⁵. «La circunstancia de que el mayordomo de un edificio se presentara al trabajo con evidentes demostraciones de haber bebido y que, en la madrugada del día siguiente, en completo estado de ebriedad, se exhibiera en forma indecorosa en uno de los pisos del edificio, junto con contrariar normas elementales de moral, determina una actitud de ofensa y menosprecio a los moradores del edificio»⁶.

* * *

Dado que las conductas tipificadas en el **art. 160 N°1 CT**, comprometen seriamente la honra del trabajador, el empleador que las invoca ha de tener el cuidado de contar con elementos probatorios sólidos para demostrar sus dichos. Y aun cuando esté en situación de comprobar la falta del trabajador, debe ponderar con mucho criterio su trascendencia, porque los tribunales son estrictos a la hora de calificarla. Si el empleador obra con ligereza, el despido podría ser declarado, además de injustificado, carente de motivo plausible por el tribunal, lo que trae aparejado un recargo sobre la indemnización por años

⁴ Corte Suprema, Rol N° 2922-96, citada en *Manual de consultas laborales y previsionales*, N°144, mayo de 1997, pág. 314.

⁵ Corte Suprema, 26/10/89, R.D.J., tomo LXXXVI, pág. 248.

⁶ Corte Suprema, 07/10/69. Citada en *Manual de Consultas...*, pág. 321.

de servicio de hasta un 100%, sin perjuicio de las acciones civiles (por daño moral, por ejemplo) y criminales (injurias y/o calumnias) que pudiere entablar en su contra el trabajador afectado.

2.ª Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

Esta causal sanciona la competencia desleal.

La competencia desleal comprende diversas situaciones o hechos; ya que cabría considerar dentro de esta causal no sólo la concertación de negocios por cuenta propia o de terceros, en competencia con el patrono o empresario, sino además la divulgación de noticias reservadas, atinentes a la realización o a los métodos de producción de la empresa y que conoce el trabajador por los servicios prestados. También la explotación de noticias y métodos de trabajo o de producción que por igual medio hayan llegado a su conocimiento.⁷

Se trata, claramente, de una violación de la buena fe contractual y como tal una hipótesis de falta de probidad. THAYER y NOVOA han criticado la necesidad de explicitar la prohibición de competencia desleal para que su inobservancia opere como causal de despido:

La redacción literal de esta causa ha planteado en nuestro ordenamiento un problema interpretativo, pues la obligación de lealtad y de prohibición de competencia desleal fluyen el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo y, como tal, obligan al deudor de trabajo. Por este motivo la prohibición debe presumirse y lo que corresponde autorizar por el empleador es justamente lo inverso, vale decir, que el trabajador pueda realizar negociaciones dentro del giro del negocio⁸.

⁷ CABANELLAS: *op. cit.* tomo III, pág. 387.

⁸ *Op. cit.* tomo II, pág. 390.

Al exigir la ley una prohibición expresa en tal sentido, la interpretación *a contrario sensu*, lleva a la conclusión de que la regla general es la admisibilidad de dichas negociaciones. Así lo ha entendido alguna jurisprudencia: «Si en el contrato no aparece estampada la prohibición de ejecutar negociaciones dentro del giro el negocio, no procede considerar justificado el despido por haberse efectuado tales negociaciones».⁹

3.ª Ausencias injustificadas.

Se entiende por ausencia injustificada, que da lugar al despido disciplinario, para este efecto: No concurrencia del trabajador a sus labores durante:

- a) dos días seguidos (la jurisprudencia ha entendido “sin intermisión de tiempo”, por lo que no se configura la causal si entre uno y otro ha mediado un domingo o festivo).
- b) dos lunes en el mes;
- c) o un total de tres días en el mes. Por consiguiente, un trabajador puede faltar al año hasta 24 días sin causa justificada, sin exponerse a un justo despido. Con razón, CABANELLAS critica nuestra norma:

disposiciones tales abogan por el ausentismo en el trabajo, mal endémico en los días de coyuntura favorable, cuando la demanda de mano de obra es mayor. No creemos que la ley deba fijar el número de faltas injustificadas de asistencia a las tareas; sino que, como hace la española de contrato de trabajo, resulta suficiente establecer la causa de falta *repetida e injustificada* de concurrencia al trabajo, principio que debe ser desarrollado por una sana jurisprudencia»¹⁰.

- d) 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

⁹ C.S., 18/01/71. Citada en *Manual de Consultas...*, p. 323.

¹⁰ *Op. cit.*, volumen III, p. 343 y 344.

perturbación grave en la marcha de la obra. En este caso basta un día de ausencia para configurar la causal.

El concepto de causa justificada de inasistencia no se encuentra definido ni regulado por la ley, por lo que:

en definitiva, será una cuestión de prudencia y buen sentido, vale decir, habrá justificación cuando el trabajador ha tenido un motivo atendible racionalmente hablando, para no concurrir a sus labores, teniendo siempre presente que, de suyo, no existe la intención de romper el contrato y por la inversa el principio de continuidad está señalando que se han de interpretar las interrupciones del contrato como simples suspensiones.¹¹

Examinemos, finalmente, alguna jurisprudencia sobre esta causal: «No puede considerarse justificado el despido de un trabajador cuya ausencia a su labor aparece justificada por motivos de salud» (Corte de Apelaciones de San Miguel, 07-III-96, Rol 93-95); «El hecho que el trabajador no concurra a prestar servicios, porque en su calidad de voluntario del Cuerpo de Bomberos, tiene que recurrir a la extinción de incendios, constituye causa justificada de inasistencia al trabajo» (Corte Suprema, 20-XI-95, Rol 33.158); «La ausencia del trabajador durante dos días seguidos no reviste el carácter de injustificada, si consta que la conviviente del trabajador y madre de sus hijos debió ingresar de urgencia al hospital el primero de esos días» (Corte de Apelaciones de Santiago, 04-V-95, Rol 662-95)¹².

4.ª Abandono del trabajo.

La prestación de servicios que es objeto del contrato laboral es esencialmente libre, lo que hace imposible, en caso de abandono de trabajo, la ejecución forzada del contrato. No cabe, por consiguiente, otra solución que la de dar por disuelto el nexo contractual por hecho

¹¹ THAYER Y NOVOA: *op. cit.*, tomo II, p. 392.

¹² *Manual de Consultas...* p. 324 y 325.

imputable al subordinado. La rebeldía laboral cuadra en la esfera de las obligaciones personalísimas, de imposible cumplimiento forzoso¹³.

«El abandono del trabajo es la causal más frecuente de terminación de contrato. Llegará un día en que esta causal será reemplazada por la renuncia del trabajador, que es la forma civilizada de ponerle término al contrato de trabajo, sin deterioro para las partes, por ser ajustada a derecho»¹⁴

El abandono del trabajo por parte del dependiente puede configurarse en dos circunstancias según el Código del Trabajo. A saber:

- a) *la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y*
- b) *la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.* Más que abandono del trabajo, esta hipótesis corresponde a lo que otras legislaciones sancionan como “desobediencia”.

El contrato de trabajo (...) exige al trabajador una disposición de ánimo propicia a obedecer las órdenes que reciba de sus superiores, y que conducen a calificar este contrato de relación de dependencia de una parte hacia la otra. La esencia de la relación impone inexcusablemente que el trabajador cumpla las órdenes que se le den; y, de no hacerlo, incurre en falta, que puede ser sancionada disciplinariamente. La negativa a obedecer las órdenes, cuando la desobediencia sea grave e injustificada, constituye justa causa de despido, porque imposibilita la prosecución normal del contrato de trabajo. La desobediencia se configura a veces por una sola falta: y en otras, por un conjunto de ellas. Para calificar si una sola falta, por sí, es suficiente para la

¹³ CABANELLAS: *op. cit.*, volumen III, p. 342.

¹⁴ VIVANCO: *op. cit.*, p. 75.

disolución del contrato de trabajo sin derecho a percibir indemnización alguna, debe estarse a las circunstancias de hecho y a la gravedad de la insubordinación, a su trascendencia en orden al proceso de la producción y disciplina interna del establecimiento¹⁵.

Esta letra **b)** del **Nº 4** del **art. 160** CT, que sanciona la desobediencia, sirve de fundamento positivo a un *ius resistendi* del trabajador: En efecto, conforme al precepto, el trabajador puede negarse a realizar una labor que no ha sido convenida en el contrato y, aun, puede negarse a realizar la faena convenida si le asiste una razón justificada para ello.

5.ª Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad, a la actividad o a la salud de los trabajadores.

«La negligencia reviste carácter subjetivo, y se caracteriza como un acto inexcusable del trabajador, que no cumple con sus tareas con la intensidad y cuidado debidos»¹⁶.

Incurre en esta causal el trabajador que realiza un acto o incurre en una omisión, faltando a los deberes mínimos de cuidado y diligencia, cuya consecuencia es la lesión o, cuando menos, la puesta en peligro de los bienes jurídicos que precisa la norma (seguridad o funcionamiento del establecimiento; seguridad, actividad o salud de los trabajadores).

Habida cuenta que esta causal pone en cuestión la pericia y diligencia del trabajador, ya que se le imputa una inepticia mayor, una torpeza inexcusable, lo que en definitiva repercute en su honra y prestigio profesional, el empleador debe ser cuidadoso de invocarla si no tiene pruebas suficientes sobre la verosimilitud de su ocurrencia. Si el empleador litiga temerariamente el despido, además de indebido, puede ser declarado carente de motivo plausible por el tribunal y el recargo de la indemnización de servicios aumentar de un 80%

¹⁵ CABANELLAS: *op. cit.*, volumen III, p. 356.

¹⁶ CABANELLAS: *op. cit.*, volumen III, p. 352.

al 100%. Ello sin perjuicio de las acciones civiles y criminales que pueda entablar el trabajador para obtener la tutela de su derecho a la honra.

6.ª El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

Esta causal es más exigente que la anterior, por dos razones: se requiere que el perjuicio se haya producido –no basta la mera puesta en peligro-, y además se requiere voluntad y conciencia de la acción u omisión que lo causa –la sola culpa o imprudencia es insuficiente-, el trabajador debe saber y querer dañar los bienes de la empresa. Claramente se trata de una conducta criminal del trabajador (delito de daños).

Por su gravedad y la dificultad de su prueba –debe acreditarse intenciones-, el empleador debe ponderar muy bien su invocación, jurisprudencia que ha considerado que si bien se configuraba la causal precedente (imprudencia temeraria), al ser invocado de forma errónea el numeral 6º del Art. 160, da lugar a despido injustificado como se ve «el legislador previene expresamente en la causal de despido del artículo 160 N° 5, cuando exige que para que se configure la respectiva causal de actos, omisiones o imprudencias temerarias, sólo el descuido o imprudencia del trabajador que las ha ocasionado, pero no es el caso de la causal de autos- perjuicio material causado intencionadamente- en que el legislador exige algo más, a diferencia de la causal anterior, porque se requiere en este caso que haya una intención de causar perjuicio, no siendo bastante un descuido o negligencia-»¹⁷. Al igual que las causales números 1 y 5 del **art. 160 CT**, la aplicación indebida y sin fundamento de ésta, así declara por el tribunal, trae aparejado un recargo del 100% sobre la indemnización por años de servicio. El empleador puede ser objeto además de acciones por calumnia y daño moral.

7.ª Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Cochyaique, 14/10/2009, ROL 28-09, MJJ22125.

Esta causal exige la concurrencia de dos elementos copulativos: a) el incumplimiento de una obligación contractual (ya sea por parte del trabajador, o por parte de empleador en los casos de despido indirecto); y b) que el incumplimiento contractual sea grave.

En lo que respecta a la fuente de las obligaciones infringidas, la referencia al *contrato* debe entenderse hecha al conjunto de obligaciones y deberes que con ocasión de la prestación de servicios subordinada establecen la ley, la voluntad de las partes y la propia naturaleza del vínculo. El incumplimiento puede referirse por tanto no sólo a las obligaciones establecidas por el contrato *strictu sensu*, sino por la ley e inclusive por la voluntad unilateral del empleador –canalizada jurídicamente y objetivada a través del reglamento interno de la empresa. Asimismo, puede referirse a los deberes que emanan de la buena fe contractual.

El incumplimiento, además, tiene que ser grave; es decir de una magnitud o entidad tal que determine necesariamente el quiebre de la relación laboral. Para determinar la gravedad del incumplimiento, los jueces ponderan, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, circunstancias como el carácter ocasional o permanente de la infracción, particularmente en relación con los años de servicio del trabajador, la conexión del deber infringido con las funciones propias del cargo que desempeña el trabajador y su incidencia en la marcha normal de la empresa, el perjuicio que la falta ocasiona a la contraparte y si ésta, al percibir tal perjuicio reacciona con el grado de inmediatez que su entidad amerita, etc. En lo referente a la gravedad se ha fallado “Nuestros tribunales han dicho que esta causal se configura, sólo cuando concurren determinados elementos, esto es, cuando hay, un incumplimiento actual grave determinado, reiterado y que causa perjuicio al empleador. La terminación de la relación laboral por la causal del N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, entraña una mala conducta del trabajador, un comportamiento que revela dolo o, cuanto menos, negligencia de su parte.”¹⁸

Hoy son comunes en los contratos de trabajo las cláusulas en que las partes –en la práctica el empleador- elevan ciertos deberes o prohibiciones a la categoría de esenciales, cuya

¹⁸ Corte de Apelaciones de La Serena, 25/08/2010, ROL:82-10, MJJ24594

trasgresión será considerada incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato. Las partes pre-califican la gravedad del incumplimiento. Así, por ejemplo, se estila en el ámbito financiero una cláusula que prohíbe al trabajador incurrir en protesto de instrumentos de comercio (letra, pagaré o cheque). También es usual la estipulación de metas de productividad o rendimiento. En ambos casos la infracción es considerada por las partes incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, que autoriza al empleador para poner término al contrato sin derecho a indemnización del trabajador. La jurisprudencia ha ido aceptando la validez de semejantes cláusulas, sin perjuicio de señalar que la ponderación que hacen las partes en un instrumento formal sobre la gravedad del incumplimiento no puede substituir a la que haga el juez mediante el análisis crítico de la realidad, que en materia laboral prevalece sobre los acuerdos formales.

Así, por ejemplo, se ha fallado que “si bien es cierto que las partes pueden libremente convenir cláusulas contractuales relativas a la fijación de metas de ventas (...) ello no implica que el hecho de que el trabajador no logre alcanzarlas produzca necesariamente un incumplimiento grave de sus obligaciones laborales, toda vez que dicha calificación (...) corresponde a los Tribunales de Justicia”. La Corte rechaza la causal, porque “no existe prueba alguna que acredite que esa conducta haya puesto en riesgo económico o financiero a la empresa o, a lo menos, haya afectado sus resultados operacionales”.¹⁹

Por otra parte, la *reprochabilidad* del incumplimiento debe, en todo caso, considerarse un criterio general y necesario, a la hora de determinar la procedencia de esta causal. Todas las hipótesis contempladas en el **art. 160** CT tienen un rasgo común: son casos de mala conducta del trabajador, de comportamientos que revelan dolo o negligencia de su parte. La terminación de la relación laboral opera aquí como una sanción, como un castigo de actuaciones u omisiones reprochables al trabajador.

Así se ha fallado que

¹⁹ C.A. de Santiago, Rol N°6167-2001, confirmada por la C.S. Rol N°3607-01, publicadas en *Revista Laboral Chilena*, septiembre-octubre de 2003, pág. 67 y ss.

las partes, en una relación laboral, pueden acordar ciertas condiciones en las labores a desarrollar y que pueden implicar un esfuerzo superior al trabajo encomendado a un trabajador. Sin embargo, las causales de despido son establecidas solamente por la ley y su aplicación e interpretación, en atención a la naturaleza jurídica de este tipo de convenciones, es de carácter restrictivo, por lo que no pueden ser sujetas a acuerdos que excedan el verdadero sentido de la causal de despido, especialmente por la situación de inferioridad contractual en que se encuentra la parte trabajadora, ya que por esta vía se le pueden imponer condiciones que impliquen un gran desgaste físico e intelectual, que hagan que en un momento determinado y sin culpa el trabajador se encuentre en la imposibilidad de cumplir las condiciones que se le han impuesto (...) Que en el presente caso, la demandante (...) llevaba laborando para la demandada cerca de siete años, manteniendo un desempeño sin observaciones (...) Sin embargo declinó (...) No obstante, esa declinación no puede ser imputable a un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, ya que contribuyó ciertamente a esa falencia la enfermedad que le afectó en esa época (...) Por otra parte, es posible que la obtención del número de los traspasos que se le exigían y que no cumplió, puedan deberse a otros factores externos que no dependan de la eficiencia que pueda emplear un trabajador, como pueden ser las situaciones de carácter económico que no hagan aconsejable a los imponentes decidir el cambio de una institución previsional a otra²⁰

Por último es interesante consignar que el **art. 140** CT tipifica un caso de incumplimiento grave del contrato de los trabajadores portuarios eventuales. La disposición señala al efecto que: *“Constituirá incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato y habilitará en consecuencia al empleador a ponerle término a éste, el atraso en que incurra el trabajador en la presentación a las faenas”*.

²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago (08-XI-95), en R.D.J., septiembre-diciembre de 1995, sección tercera, págs. 171 a 173.

8.ª Negativa a firmar el contrato de trabajo.

El contrato de trabajo es consensual pero deberá constar por escrito. La obligación de escrituración recae sobre el empleador, quien debe cumplirla dentro del plazo de 15 días de incorporado el trabajador o de 5 días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a 30 días (**art. 9.º incs. 1.º y 2.º CT**).

Si el trabajador se negare a firmar, el empleador enviará el contrato a la respectiva Inspección del trabajo para que ésta requiera la firma. Si el trabajador insistiere en su actitud ante dicha Inspección, podrá ser despedido, sin derecho a indemnización, a menos que pruebe haber sido contratado en condiciones distintas a las consignadas en el documento escrito (**art. 9.º inc. 3.º CT**).

3.1.1.2. Procedimiento.

El contrato no se extingue *ipso facto* cuando el trabajador incurre en una causal de despido disciplinario, sino que el empleador *puede* ponerle término invocando una o más de estas causales. Y debe hacerlo en cuanto se produce la infracción. Si deja pasar el tiempo sin despedir al trabajador, la jurisprudencia viene fallando que se produce el *perdón tácito de la causal*, de manera que si, posteriormente le pone término al contrato, aun cuando el trabajador haya efectivamente incurrido en la falta, el despido será declarado injustificado, y deberá pagarle las indemnizaciones correspondientes²¹.

Ha sido criterio de nuestra jurisprudencia, y de la doctrina, que la causal de caducidad en que puede incurrir el trabajador debe hacerse efectiva de inmediato por el empleador y que, en todo otro caso, se entiende perdonada la causal o, dicho en otros términos, como el empleador optó por la mantención y vigencia del contrato, no le es posible, algún tiempo después, hacer efectivo el despido por

²¹ Por todas, sentencia de la C.S. de 16/05/2002, Rol N° 1000-02, publicada en *Revista Laboral Chilena*, noviembre de 2003, pp. 57 y ss.

hechos acaecidos con antelación. No existen precisiones normativas al respecto; queda entregado al prudente arbitrio judicial el decidir si, por la forma y circunstancias como han acaecido los hechos, la causa fue o no perdonada y es sólo la magistratura quien tiene al respecto un poder seminormativo y jurisdiccional, pues la dictación de una reglamentación sería materialmente imposible²².

Si el empleador le pusiere término al contrato de trabajo por aplicación de una o más de las causales de despido disciplinario, 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 (**art. 162 inc. 1.º CT**).

Esta comunicación se entregará o deberá enviarse, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación del trabajador (**art. 162 inc. 2.º CT**). Se ha previsto por el legislador una sola excepción en el cual se amplía a 6 días dicho plazo en el caso de notificar un despido por la causal 6º del Art. 159 (se analizará más adelante). Para ambos casos en lo relativo a la notificación por carta certificada, el la Dirección del Trabajo ha establecido que el cómputo del plazo “si el empleador opta entregar la comunicación al trabajador por la vía del correo certificado, debería entenderse cumplida la obligación si el empleador la envía a la oficina de correos dentro de los tres días hábiles o seis, según el caso, de producida la separación del trabajador, toda vez que el legislador utilizó las expresiones de "entregar" si se hiciera personalmente, o "enviarse" si lo hiciera por carta certificada”²³

El empleador deberá enviar copia del aviso 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

²² THAYER y NOVOA: op. cit., tomo II, pp. 397 y 398.

²³ Dirección del Trabajo de Chile, Centro de Consultas Laborales [en línea] <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60576.html>. [Consulta: 10 de Octubre de 2010]

avisos recibidos en los últimos treinta días hábiles (**art. 162 inc. 3.º CT**).

Además, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo (**art. 162 inc. 5.º CT**), esto se ha denominado la nulidad de despido por deuda provisional, lo cual fue agregado por la ley 19.631, esto significa en la práctica que de ser declarada la nulidad de dicho acto, no habría disolución del vínculo contractual en el momento que éste ocurrió, por lo que todas las remuneraciones del trabajador se habrían devengado.

La Inspección del Trabajo, de oficio o a petición de parte, estará especialmente facultada para exigir al empleador la acreditación del pago de cotizaciones previsionales al momento del despido. Asimismo, estará facultada para exigir el pago de las cotizaciones devengadas durante el lapso comprendido entre la fecha del despido y el acto de convalidación. Las infracciones a esta norma se sancionarán con multa de 2 a 20 UTM (**art. 162 inc. final CT**)

24

Los errores u omisiones en que se incurra con ocasión las comunicaciones que no tengan relación con la obligación de pago íntegro de las imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que establece el **art. 506 CT (art.162 inc. 8.º CT)**.

Si el trabajador goza de fuero laboral, el empleador no podrá ejercitar el despido disciplinario sino con la autorización previa del juez competente, quien *podrá* concederla si se comprueba alguna de las causales 4º y 5º del Art. 159 y las del Art. 160 (**art. 174 inc. 1.º**)

²⁴ Véase el Dictamen Ord. N° 5372/314 de 25 de Octubre de 1999 y el Dictamen Ord. N° 0167/0009 de 12 de Enero de 2000, ambos de la Dirección del Trabajo, los cuales fijan el sentido y alcance de la Ley 19.631

CT). Al respecto la Dirección del Trabajo ha establecido que no es procedente dar el aviso de término de contrato a trabajadores sujetos a fuero²⁵

Respecto de los trabajadores sujetos al Seguro de Cesantía, el empleador deberá comunicar la cesación de los servicios de sus trabajadores a la Sociedad Administradora dentro del plazo de 15 días contados desde la cesación. La infracción a esta obligación será sancionada con multa a beneficio fiscal equivalente a 0,5 UF (Vid. art. 5.º inc. tercero, Ley 19.728, DO 14/05/2001).

3.1.1.2.1. Despido del trabajador alimentante.

Si el trabajador estuviere demandado por alimentos, y se hubiera decretado en el respectivo proceso la retención por el empleador de los alimentos provisorios o, en su caso, de los definitivos, el empleador deberá dar cuenta al tribunal del término de la relación laboral con el alimentante. En caso de incumplimiento, el tribunal determinará a responsabilidad de aquél en el hecho y aplicará, si correspondiere, una multa a beneficio fiscal, equivalente al doble de la cantidad mandada retener, lo que no obsta para que se despache en su contra, o en contra del alimentante el mandamiento de ejecución que corresponda (art. 13 inc. 1º y 3º Ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias[DFL-1 30/05/2000]).

3.1.1.2.2. Despido del trabajador por conductas de acoso sexual

En caso que el empleador reciba de un trabajador una denuncia por conductas de acoso sexual contra otro de sus dependientes, deberá tramitar esa denuncia de conformidad al procedimiento para la investigación y sanción del acoso sexual contenida en el título IV del Libro II CT.

²⁵ Véase el Dictámen Ord. N°1746/031 de 27 de Abril de 2006, de la Dirección del Trabajo.

Recibida la denuncia, la cual debe realizarse por escrito, el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo (**art. 211-B CT**).

El empleador dispondrá la realización de una investigación interna de los hechos o, en el plazo de cinco días, remitirá los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva. En cualquier caso la investigación deberá concluirse en el plazo de treinta días. Si se optase por una investigación interna, esta deberá constar por escrito, ser llevada en estricta reserva, garantizando que ambas partes serán oídas y puedan fundamentar sus dichos y las conclusiones deberán enviarse a la Inspección del Trabajo respectiva (**art. 211-C CT**).

Las conclusiones de la investigación realizada por la Inspección del Trabajo o las observaciones de ésta a aquélla practicada en forma interna, serán puestas en conocimiento del empleador, el denunciante y el denunciado (**art. 211-D CT**).

En conformidad al mérito del informe, el empleador deberá, dentro de los siguientes 15 días, contados desde la recepción del mismo, disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan (**art. 211-E CT**).

El trabajador despedido disciplinariamente tiene un plazo de caducidad de 60 días hábiles, contado desde la separación para ejercer la acción contra el despido (**art. 168 inc. 1.º CT**). Este plazo de caducidad se suspenderá cuando, dentro de éste, el trabajador interponga un reclamo por cualquiera de las causales ante la Inspección del Trabajo respectiva. Dicho plazo seguirá corriendo una vez concluido este trámite ante dicha inspección. No obstante lo anterior, en ningún caso podrá recurrirse al tribunal transcurridos 90 días hábiles desde la separación del trabajador (**art. 168 inc. 5.º CT**).

3.1.1.3. Efectos

El despido disciplinario podrá ser calificado judicialmente de justificado o injustificado y, en ciertos casos, de nulo.

a) Despido justificado.

El despido será declarado justificado cuando el empleador hubiese probado los hechos alegados y la culpabilidad del trabajador.

En tal caso, “*el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna*” (**art. 160 inc. 1.º** CT) para el trabajador. Aunque éste puede, si cumple los requisitos legales, solicitar la prestación de desempleo (art. 12 y ss. LSD).

b) Despido injustificado (indebido).

Es despido será declarado injustificado o más propiamente “indebido” cuando el empleador no acredite la causal alegada en su comunicación escrita o cuando el incumplimiento acreditado no sea culpable.

La calificación del despido disciplinario como *indebido* no afecta a su validez como acto jurídico, esto es, su eficacia extintiva del vínculo contractual. El contrato termina, pues, en la fecha en que el empleador invocó la causal (**art. 168 inc. 4.º** CT) independientemente de su posterior calificación como justificado o injustificado. El efecto del despido indebido es que el empleador queda obligado al pago de la indemnización sustitutiva del preaviso a favor del trabajador, equivalente a la última remuneración mensual devengada. Esto, porque la ley entiende que el término del contrato de trabajo se ha producido por *necesidades de la empresa* (**art. 168 inc. 4.º** CT). Como, obviamente, el empleador no dio el aviso con treinta días de anticipación a que lo obliga el **art. 162 inc.4.º** CT, procede este pago. En virtud de la misma ficción legal, bajo el supuesto de que el contrato hubiese estado vigente un año o más, procede la indemnización por años de servicio convencional o, en su defecto, la legal (equivalente a 30 días de la última remuneración mensual

devengada por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses prestados continuamente y con el tope de 11 meses).

Además, la indemnización deberá pagarse con un recargo del 80%, según lo prescribe el **art. 168 inc. 1.º letra c)** CT. Ahora bien, Si el empleador hubiere invocado causales especialmente graves (las de los números **1, 5 y 6** del **art. 160** CT) y el despido es declarado, además de injustificado, *carente de motivo plausible por el tribunal*, la indemnización por años de servicio se incrementará en un 100% (**art. 168 inc. 2.º** CT).

Estos recargos constituyen evidentemente una sanción al despido injustificado. Sin embargo queda la duda acerca de si el despido injustificado es antijurídico o no, por cuanto, como vimos, la propia ley señala que si el juez estableciere que la aplicación de la causal *necesidades de la empresa*, que es una forma lícita de poner fin al contrato de trabajo. Esta ficción legal genera, pues, una incongruencia dentro del régimen de terminación causada del contrato de trabajo.

En el caso de denuncias de acoso sexual, el empleador que haya cumplido con su obligación de estipular en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores y haya tramitado la denuncia sobre acoso sexual, de conformidad al procedimiento establecido en el Título IV del Libro II CT (De la investigación y sanción del acoso sexual), no estará afecto al recargo de indemnización a que hubiere lugar, en caso de que el despido sea declarado indebido (**art. 168 inc. 3º** CT).

c) El despido nulo.

El efecto típico de la declaración de nulidad del despido consiste en privarlo de su eficacia extintiva del contrato de trabajo. La calificación de nulidad opera, por tanto, la reconstrucción del vínculo contractual quebrado por la voluntad unilateral del empleador y conlleva, como consecuencia lógica de esta reconstrucción, la readmisión obligatoria del

trabajador separado de sus funciones. Nuestro ordenamiento jurídico laboral permite que el despido disciplinario sea declarado nulo solamente en los siguientes casos:

1.º) Despido disciplinario de trabajadores que gozan de fuero laboral, sin sujeción al procedimiento previo establecido en el art. 174 CT. Aquí el texto legal, aunque no utiliza la expresión “nulidad de despido”, admite, sin embargo, que el trabajador demande su reincorporación y el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios que hubiere dejado de percibir durante el tiempo de la separación, debidamente reajustados, que son los efectos propios de un despido nulo.

La jurisprudencia ha sostenido que el despido de un trabajador aforado efectuado sin contar con la autorización judicial es nulo e ineficaz y, por ello, se debe ordenar la reincorporación del trabajador más el pago de las remuneraciones por todo el tiempo que estuvo separado de su trabajo.²⁶

2.º) Despido disciplinario de trabajadores no aforados constitutivo de práctica antisindical. El **art. 294 inc. 1º** CT señala que *“si una o más de las prácticas antisindicales o desleales establecidas en este Libro [III] o en el Título VIII del Libro IV, han implicado el despido de trabajadores no amparados por fuero laboral, éste no producirá efecto alguno”*. De acuerdo con el **inc. 3º** del **art. 294** CT: *“El trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal o el derecho a la indemnización establecida en el artículo 163 [por años de servicio], con el correspondiente recargo 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”*. El **inc. 6º** del **art. 489** CT agrega que *“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”*. Evidentemente, el precepto se refiere a la indemnización adicional, que es la única que deja

²⁶ Por todas, CS, casación, Rol N° 4.724_00, de 11 de abril de 2000.

al juez un margen de discrecionalidad para determinar su monto²⁷. El trabajador deberá intentar la acción correspondiente dentro del plazo de caducidad de sesenta días hábiles contados desde la separación (**arts. 294 inc. 2° y 168 CT**).

3.º) **Despido discriminatorio grave (art. 489 inc. 4° CT)** Si el juez declarare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del art. 2° CT, y además lo calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o el término del contrato con las indemnizaciones respectivas, sus recargos y una indemnización adicional de 6 a 11 meses de remuneración.

4.º) **Despido disciplinario de un trabajador al cual el empleador adeuda cotizaciones de seguridad social.** De acuerdo con el **art. 162 inc. 5.º CT** si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones²⁸ al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo. Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las

²⁷ Este derecho de opción establecido por la Ley 19.759 pone en evidencia la actitud ambigua del legislador frente al despido antisindical. De una parte, se considera que un despido de estas características tiene un *plus* de gravedad que no queda satisfecho íntegramente con la sanción propia del despido arbitrario, la cual, como sabemos, deja a salvo su eficacia extintiva. El despido antisindical infringe una norma prohibitiva expresa, el art. 215 CT y una garantía constitucional, la libertad sindical y, por ende el orden público chileno; en consecuencia el despido antisindical es claramente un acto que adolece de causa ilícita y, por tanto, el régimen sancionatorio apropiado, de acuerdo con las reglas del derecho común, es el de la nulidad. A la misma conclusión se llega aplicando el régimen sancionatorio especial de las prácticas antisindicales. Y así parece también entenderlo la ley laboral, tras la reforma introducida por la Ley 19.759 cuando señala que tal despido “no producirá efecto alguno” y al establecer que el juez debe decretar la reincorporación del trabajador. Pero acto seguido, el legislador borra con el codo lo que escribió con el puño permitiendo que el despido antisindical se someta al régimen del despido arbitrario, si el trabajador así lo desea. Nos parece que la indemnización adicional que en tal circunstancia deberá fijar el juez a favor del trabajador, no compensa la mayor reprochabilidad que reviste el despido antisindical, porque se trata, como vimos, de una conducta que vulnera el orden público y cuyos efectos nocivos lesionan no sólo el interés personal del trabajador afectado, sino la libertad sindical misma. Y la libertad sindical tiene una dimensión individual pero también otra colectiva.

²⁸ En el oficio ordinario 29169, de 30/09/99, la Superintendencia de Seguridad Social ha determinado que para estos efectos debe entenderse por “cotizaciones previsionales” las siguientes: a) Todas aquellas cotizaciones establecidas para financiar los regímenes de pensiones, ya sea del Sistema de Pensiones (D.L. N° 3.501, de 1980) o del Nuevo Sistema de Pensiones (D.L.3.500 [10% de las remuneraciones imponibles + cotización adicional + cotizaciones del art. 17 bis]); b) la cotización del 7% de la remuneración imponible, para el seguro social de salud; c) las cotizaciones establecidas en la ley N° 16.744 para financiar el seguro social contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago (**art. 162 inc. 6.º CT**). Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador (**art. 162 inc. 6.º CT**). La acción para reclamar la nulidad del despido prescribirá en el plazo de seis meses contados desde la suspensión de los servicios (**art. 480 inc. 3.º CT**).

No es una nulidad de despido propiamente tal, puesto que la jurisprudencia administrativa y judicial señalan que no genera la reincorporación del trabajador. Según la Corte Suprema: “la nulidad de que se trata aquí produce un efecto jurídico distinto, cual es el dejar vigente la obligación de remunerar a cargo del empleador, lo que equivale a una suspensión relativa de la relación de trabajo”²⁹.

¿Qué pasa si el empleador no “convalida” el despido? La ley no previó esta situación, pero la Corte Suprema ha resuelto que la suspensión del contrato de trabajo tiene una duración máxima de seis meses “ello en razón de una adecuada equidad y una mayor certeza jurídica, que hace aconsejable fijar en dicho plazo dicha indemnización, pues de esta manera se guarda, además, una adecuada armonía con el plazo de prescripción que regula el inciso segundo del artículo 510 del mismo texto legal, acerca de la misma materia”³⁰.

3.1.2. LA TERMINACIÓN POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.

La terminación del contrato por caso fortuito o fuerza mayor viene regulada por los **arts. 159 N° 6, 162 y 168 CT**.

²⁹ Sentencia de 22 de enero de 2001, Rol N°4324-00, *Revista Laboral Chilena*, febrero-marzo de 2001, pp. 37 y ss.

³⁰ Sentencia de 1 agosto de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 266, p. 179-181.

3.1.2.1. Causa.

El art. 45 CC dice que «se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.» Aunque, como se ve, nuestro Código Civil utiliza indistintamente las expresiones *caso fortuito* y *fuerza mayor*, en doctrina se intenta distinguir entre ambos «señalando que aquel es independiente no sólo de la voluntad de la persona a la cual afecta, sino de toda voluntad humana; mientras que la fuerza mayor procede de un acontecimiento inevitable o de un acto legítimo de persona distinta a la obligada, que así exime a ésta de su responsabilidad en la obligación»³¹. Dentro del caso fortuito se incluirían los hechos catastróficos, tales como incendios, inundaciones, terremotos, etc.; y dentro de la fuerza mayor, las decisiones de los poderes públicos, el *factum principis*, como por ejemplo una expropiación forzosa.

En definitiva, la *vis maior* y el *casus fortuitus* responden a una misma idea: el deudor incurre en mora o incumple en virtud de obstáculos insuperables y definitivos. Y esta idea es igual tanto para el Derecho Civil como para el Laboral. El caso fortuito o la fuerza mayor han de ser de tal entidad que impida al empleador continuar con el giro y lo obligue a cerrar la empresa. Y como a lo imposible nadie está obligado, el contrato de trabajo se extingue por imposibilidad de ejecución, sin responsabilidad para el empleador. El art. 1547 inc. 2º CC establece que el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que haya sobrevenido por su culpa.

La Corte Suprema ha señalado que la circunstancia de que uno de los clientes del empleador haya puesto término al uso de sus servicios, no configura la causal de caso fortuito o fuerza mayor, pues ella requiere imprevisibilidad, irresistibilidad y inimputabilidad por parte del empleador en los hechos pertinentes a la cesación de la faena del tercero en que se desempeña el trabajador.³²

³¹ PEREZ LEÑERO, citado por CABANELLAS: *op. cit.*, vol. III, p. 229

³² C.S. Rol N° 3725-02, publicada en *Revista Laboral Chilena*, julio de 2004, p. 49 y ss.

Cabe hacer una mención particular respecto de la aplicación del caso fortuito en torno al terremoto ocurrido el 27 de Febrero de 2010, en especial respecto de la posibilidad de aplicarlo como causal de término de contrato. La cuestión particular reside en el entendido de que nuestro país es de naturaleza sísmica, por lo que, si bien no podemos saber cuándo específicamente, si existe certeza de que ocurrirán terremotos. Al respecto la Dirección del Trabajo ha sostenido el siguiente criterio: “Si existe la posibilidad de cumplir con la obligación, aunque sea con dificultades, no procede que opere como modo de extinguir las obligaciones, el caso fortuito o fuerza mayor, pues no aparecerá como completamente irresistible el terremoto y sus efectos directos. Sería el caso en que un empleador que hubiere sufrido la destrucción completa de sus instalaciones en una ciudad determinada, pero que tuviere otra u otras instalaciones a las cuales pudiere trasladar a quienes laboraban allí.”³³

3.1.2.2. Procedimiento.

De conformidad con el **art. 162** CT, si el contrato de trabajo termina por esta causa, el empleador deberá comunicarlo por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la causal y los hechos en que se funda. Esta comunicación se entregará o deberá enviarse, dentro de los seis días hábiles siguientes al de la separación del trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo dentro del mismo plazo.

La omisión, ineptitud o extemporaneidad de la comunicación de la causal será sancionada con multa, pero no invalidará la terminación del contrato. El empleador deberá, además, informar por escrito al trabajador el pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. La infracción de esta última obligación acarrea la nulidad del término del contrato, en los términos ya estudiados a propósito del despido disciplinario.

³³ Véase el Dictamen Ord. N°1412/021 de 19 de Marzo de 2010, de la Dirección del Trabajo.

El trabajador despedido por esta causal tiene un plazo de caducidad de 60 días hábiles, contado desde la separación para ejercer la acción contra el despido (**art. 168 inc. 1.º** CT). Este plazo de caducidad se suspende por reclamo ante la Inspección del Trabajo en los términos del **inc. final** del **art. 168** CT.

3.1.2.3. Efectos.

Esta causa está sujeta a la calificación judicial en el evento que el trabajador considere que su aplicación es injustificada.

a) Terminación justificada.

La fuerza mayor libera a los empleadores de sus obligaciones de proporcionar trabajo y los faculta por ende para despedir a sus trabajadores sin pago de indemnización alguna. En efecto, si el impedimento es de carácter definitivo, la ruptura de la relación laboral de conformidad a la ley no es abusiva³⁴.

b) Terminación injustificada.

Si el juez así lo declara, ordenará el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y la por años de servicio, según correspondiere, aumentada esta última en un cincuenta por ciento (**art. 168** CT).

c) Nulidad.

Opera sobre los mismos supuestos que en el despido disciplinario.

³⁴ VIVANCO: *op. cit.* p. 51.

3.1.3. LA TERMINACIÓN POR NECESIDADES DE LA EMPRESA, ESTABLECIMIENTO O SERVICIO.

La terminación del contrato por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio viene regulada por los **art. 161 inc. 1º, 162, 163, 168 y 169 CT**.

3.1.3.1. Causal.

Esta causal tiene un antecedente en la que introdujo la Ley N° 16.455 de 1966 (...casos en que el empleador ponga término al contrato fundado en razones determinadas por las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio), recogiendo la recomendación N° 119 (1963) de la OIT, sobre “Terminación de la Relación de Trabajo”. De acuerdo con dicha recomendación: «No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o conducta del trabajador o *basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio*». Como se trataba de una causa justa de terminación no traía aparejada indemnización alguna.

Según THAYER y NOVOA «nuestros tribunales, al pronunciarse sobre esta causal, estimaron en un principio que por necesidades del funcionamiento de la empresa debían entenderse exclusivamente las de carácter tecnológico (racionalizaciones, mecanizaciones, automatizaciones, etc.); pero no las de orden económico».³⁵

Posteriormente los tribunales aceptaron que también las razones económicas configuraban la causal, siempre que ellas tuvieran cierta gravedad y permanencia.

La causal desaparece al instaurarse el sistema de libre despido (D.L.2.200, modificado por la Ley N° 18.372 de 1984), lo que es lógico, pues «el contenido y alcance de esta causal sólo son aplicables jurídicamente ante sistemas de terminación de contrato de trabajo

³⁵ *Op. cit.* tomo II, p. 380.

basados en la estabilidad, lo que supone que todo despido debe reconocer una causal justificada y entre ellas se cuenta la presente»³⁶.

Igualmente lógico es que la causal reapareciera con la Ley N° 19.010 que pretendió restaurar en Chile un sistema de estabilidad. Según el Mensaje de dicho cuerpo legal el desahucio discrecional y unilateral del contrato de trabajo vino a ser reemplazado por la causal necesidades de la empresa «que da cuenta de aquellos hechos que objetivamente pueden afectar la actividad de la empresa y hacer necesario el despido de uno o más trabajadores (...) A diferencia de la norma del artículo 155 letra f) del Código del Trabajo, que no contempla reclamación alguna, la causal necesidades de la empresa podría ser reclamada por el trabajador ante el tribunal competente si la estimare injustificada con el fin de lograr una mayor indemnización».

A fin de evitar las malas interpretaciones de la jurisprudencia a que dio origen la escueta redacción de la causal en la Ley N° 16.455, el nuevo precepto describió algunas situaciones específicas a modo de ejemplo. Así, el actual inc. 1° del **art. 161** CT señala que *«el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores»*.

3.1.3.2. Procedimiento

De acuerdo con el **inc. 4° del art. 162** CT, cuando el empleado invoque esta causal, deberá dar un aviso al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con 30 días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada.

³⁶ *Idem*, pp. 378 y 379.

La comunicación o preaviso, deberá ser por escrito y entregado personalmente al trabajador, o bien enviado al domicilio señalado en el contrato. En el se expresará la causal y los hechos en que se funda. El empleador deberá, además, informar por escrito al trabajador el pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. La infracción de esta última obligación acarrea la nulidad del término del contrato.

Cuando el contrato hubiere estado vigente un año o más, la invocación de esta causal por el empleador trae aparejada el pago de la indemnización por años de servicio. De ahí que la ley exija que la comunicación indique, además, precisamente, el monto total a pagar por concepto de dicha indemnización.

Si el trabajador estuviere demandado por alimentos, y se hubiera decretado en el respectivo proceso la retención por el empleador de los alimentos provisorios o, en su caso, de los definitivos, el empleador deberá dar cuenta al tribunal del término de la relación laboral con el alimentante. En caso de incumplimiento, el tribunal determinará a responsabilidad de aquél en el hecho y aplicará, si correspondiere, una multa a beneficio fiscal, equivalente al doble de la cantidad mandada retener, lo que no obsta para que se despache en su contra, o en contra del alimentante el mandamiento de ejecución que corresponda. En caso de que sea procedente el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo será obligación del empleador retener de ella la suma equivalente a la pensión alimenticia del mes siguiente a la fecha de término de la relación laboral, para su pago al alimentario. Asimismo, si fuere procedente la indemnización por años de servicio, o se pactare ésta voluntariamente, el empleador estará obligado a retener del total de dicha indemnización el porcentaje que corresponda al monto de la pensión de alimentos en el ingreso mensual del trabajador, con el objeto de realizar el pago al alimentario (art. 13 inc. 1º, 3º, 4º y final, Ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias[DFL-1 30/05/2000]).

El Código del Trabajo permite al trabajador impugnar la causal “necesidades de la empresa”. El **art. 161 inc. 1º** CT prescribe al efecto que *“la eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168”*. Por tanto, el trabajador

despedido por esta causal tiene un plazo de caducidad de 60 días hábiles, contado desde la separación para reclamar que se declare su improcedencia (**art. 168 inc. 1.º** CT). Este plazo de caducidad se suspende por reclamo ante la Inspección del Trabajo en los términos señalados en el **inc. final del art. 168** CT.

La causal *necesidades de la empresa, establecimiento o servicio* no podrá ser invocada con respecto a los trabajadores que gocen de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, otorgada en conformidad a las normas legales vigentes que regulan la materia (**art. 161 inc. final** CT).

3.1.3.3. Efectos

A diferencia de lo que ocurría bajo la citada Ley N° 16.455, la actual causal “*necesidades de la empresa, establecimiento o servicio*” no libera del pago de la indemnización por años de servicios. Antes al contrario, el **art. 169 letra a)** CT señala que la comunicación que el empleador dirija al trabajador invocando esta causal, supondrá una oferta irrevocable de pago de aquella indemnización y de la sustitutiva de aviso previo, en caso de que éste no se haya dado

El empleador estará obligado a pagar estas indemnizaciones en un solo acto al momento de extender el finiquito. Sin perjuicio de lo cual, las partes podrán acordar el fraccionamiento del pago de las indemnizaciones; en este caso, las cuotas deberán consignar los intereses y reajustes del periodo. Dicho pacto deberá ser ratificado ante la Inspección del Trabajo. El simple incumplimiento del pacto hará inmediatamente exigible el total de la deuda y será sancionado con multa administrativa.

Tratándose de un trabajador sujeto al Seguro de Cesantía, el empleador puede imputar a la indemnización por años de servicio la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador más su rentabilidad, deducidos los costos de administración que correspondan, con cargo a las cuales el asegurado pueda hacer retiros conforme al art. 15 LSC 8 (art. 13 inc. 2.º LSC).

Si tales indemnizaciones no se pagaran al trabajador, éste podrá recurrir al mismo tribunal y en el mismo plazo señalado por la ley para impugnar la causal, para que se ordene y cumpla dicho pago, pudiendo el juez en este caso incrementarlas hasta en un 150%.

El trabajador podrá recurrir de la decisión extintiva como si se tratara de un despido disciplinario. De acuerdo con el **art. 169 letra b)** CT, el ejercicio de esta acción de impugnación supone que el trabajador no haya hecho aceptación de la causal mediante la percepción de las indemnizaciones ofrecidas por el empleador. Por tanto, la terminación del contrato de trabajo por la causal “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio” podrá ser declarada procedente, improcedente y nula.

a) Procedencia.

Si el tribunal rechaza su reclamación el trabajador no pierde las indemnizaciones por término de contrato, las que deberán pagársele reajustadas, pero sin intereses. Esto se explica porque el **art. 169 letra a)** CT establece que la comunicación que el empleador dirige al trabajador invocando las necesidades de la empresa, supone una *oferta irrevocable* de pago de la indemnización por años de servicio y de la sustitutiva del preaviso.

b) Improcedencia.

Si el empleador no logra probar los fundamentos fácticos de la causal, es decir, por ejemplo que se ha llevado a cabo una racionalización o modernización de la empresa, que se han producido bajas en la demanda, etc., la causal será declarada improcedente por el juez.

Ahora bien, el único beneficio adicional que obtendrá el trabajador de prosperar su pretensión es el recargo del 30% sobre la indemnización por años de servicio, la cual se le deberá pagar reajustada y con el interés máximo permitido para operaciones reajustables que se devengue desde el término del contrato de trabajo.

a) Nulidad.

Procede por los mismos motivos que en el despido disciplinario.

3.2. TERMINACIÓN POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR O CAUSAS QUE AFECTAN A SU PERSONA.

La ley reconoce a la sola voluntad del trabajador efectos extintivos del contrato -la renuncia o desistimiento sin causa justificada. También señala otras posibles causas de terminación relacionadas con la conducta del empleador -despido indirecto o resolución por causa justificada- y, finalmente, reconoce como extintivo otro supuesto relacionado con la persona del trabajador -su muerte.

3.2.1. EL DESISTIMIENTO SIN CAUSA JUSTIFICADA O RENUNCIA DEL TRABAJADOR.

3.2.1.1. Concepto.

Como regla general, en el Derecho Civil-Mercantil, un contrato no puede dejarse sin efecto sino por causas legales o consentimiento mutuo de las partes. Excepcionalmente, se admite poner fin a ciertos contratos civiles por un acto unilateral de voluntad, que recibe el nombre de *revocación* (así ocurre en el mandato, en la donación entre vivos y en el arrendamiento, pero en este último caso se habla de *desahucio*).

«A la espontánea separación laboral del trabajador, con la disolución del vínculo contractual por propia y exclusiva voluntad, se llama *renuncia* o *dimisión*»³⁷.

Como se sabe, la prestación de servicios regulada por el Derecho del Trabajo es esencialmente *libre*, y el trabajador tiene libertad tanto para elegir su ocupación, como para

³⁷ CABANELLAS: *Op. cit.*, volumen III, p. 208.

ponerle término, aun cuando no exista motivo aparente que imposibilite la subsistencia del contrato.

Como no cabe la subsistencia del contrato obligando al trabajador a realizar prestaciones personales, se autoriza a éste para que, aun sin justa causa, declare disuelto el contrato, sin otra responsabilidad que la de dar preaviso al patrono con tiempo suficiente, con el fin de que el empresario pueda encontrar un sustituto u organizar la industria sin los servicios del renunciante³⁸.

3.2.1.2. Requisitos formales

El **art. 159 N° 2** CT exige que el trabajador comunique a su empleador la decisión con treinta días de anticipación, a lo menos.

El **art. 177** CT exige, cuando la duración del contrato supera 30 días que también la renuncia conste por escrito, y sea firmada por el interesado y por el presidente del sindicato o el delegado del personal o sindical respectivos, o bien ratificada por el trabajador ante el inspector del trabajo, ante notario público u oficial del registro civil. El empleador no podrá invocar el instrumento en que conste la renuncia si no hubiere sido otorgado con estas formalidades.

Si el trabajador estuviere demandado por alimentos, y se hubiera decretado en el respectivo proceso la retención por el empleador de los alimentos provisorios o, en su caso, de los definitivos, el empleador deberá dar cuenta al tribunal del término de la relación laboral con el alimentante. En caso de incumplimiento, el tribunal determinará la responsabilidad de aquél en el hecho y aplicará, si correspondiere, una multa a beneficio fiscal, equivalente al doble de la cantidad mandada retener, lo que no obsta para que se despache en su contra, o en contra del alimentante el mandamiento de ejecución que corresponda. (art. 13 inc. 1° y 3° Ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias[DFL-1 30/05/2000]).

³⁸ *Idem.*

3.2.1.3. Efectos.

Durante el lapso de preaviso, el contrato de trabajo subsiste, por tanto, trabajador y empresario mantienen sus obligaciones contractuales y, si se produjeran incumplimientos por una de las partes, la otra podría resolver justificadamente el contrato que aún les une.

La resolución unilateral del contrato por voluntad del trabajador, mediando preaviso, no dará lugar a indemnización alguna para ninguna de las partes. «El trabajador debe ser muy prudente al presentar su renuncia, por cuanto se priva voluntariamente, sin derecho a indemnización alguna, de su fuente de ingresos»³⁹.

En el caso de abandono sin preavisar o con incumplimiento del plazo de preaviso, no se invalida la terminación del contrato, pero si la renuncia intempestiva ocasiona perjuicios al empleador puede dar lugar a responsabilidad civil del trabajador.

Si el trabajador es deudor de alimentos por resolución que cause ejecutoria a favor del cónyuge, de los padres, de los hijos o del adoptado, y pone término a la relación laboral por renuncia voluntaria o mutuo acuerdo con el empleador, sin causa justificada, después de la notificación de la demanda, careciendo de rentas que sean suficientes para poder cumplir la obligación alimenticia, el juez podrá decretar contra el trabajador-alimentante arresto nocturno hasta por 15 días, el que se podrá repetir una vez y luego transformarse en arrestos simple(art. 15 Ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias[DFL-1 30/05/2000]).

³⁹ VIVANCO: *Op. cit.*, pág. 33.

3.2.2. LA RESOLUCIÓN POR CAUSA JUSTIFICADA O DESPIDO INDIRECTO.

3.2.2.1. *Concepto*

El contrato de trabajo puede terminar por voluntad del trabajador fundamentada en incumplimiento legal o contractual del empleador con las mismas consecuencias en orden a las indemnizaciones que el despido indebido (**art. 171 CT**). Esta figura se conoce en doctrina como despido indirecto.

El despido indirecto (...) constituye, a juicio de RUSSOMANO, un acto del empresario por el cual se crean condiciones que imposibilitan la continuidad de la prestación de los servicios. El patrono no declara la rescisión contractual; pero al violar sus deberes legales y contractuales, coloca al trabajador en situación tal, que éste no puede continuar trabajando en la empresa, so pena de perjuicios morales y económicos⁴⁰.

Las causales que justifican la resolución unilateral del contrato a instancia del trabajador vienen señaladas en el **art. 171 inc. 1.º CT** aunque por remisión al **art. 160 CT**. Aquel precepto hace aplicable al empleador tres de las causales de incumplimiento del **art. 160 CT**; a saber:

1.- Alguna de las siguientes conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas: Falta de probidad, conductas de acoso sexual, vías de hecho, injurias o conducta inmoral.

5.- Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.

7.- Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

⁴⁰ CABANELLAS: *Op. cit.*, volumen III, pág. 405.

Cuando el empleador incurre en estas conductas la relación de trabajo se hace insostenible para el empleado. De no existir la alternativa jurídica del despido indirecto, el trabajador se vería presionado a renunciar, perdiendo con ello todo derecho a indemnización. Y es que normalmente la mala conducta del empleador tendrá como propósito determinar al trabajador a abandonar la empresa y evitarse así los procedimientos y, sobre todo, los costes del despido injustificado, indebido o improcedente. Frente a este intento del empleador de esquivar el régimen causal de terminación de contrato, el ordenamiento jurídico reacciona, reconduciéndolo a dicho régimen para evitar que cumpla su intención fraudulenta.

3.2.2.2. Procedimiento

El trabajador deberá dar aviso escrito al empleador del término del contrato de trabajo, comunicación que entregará personalmente o enviará al domicilio señalado por éste en el contrato, dentro de los tres días hábiles siguientes a la terminación, con copia a la Inspección del Trabajo dentro del mismo plazo. El aviso deberá contener la o las causales invocadas por el trabajador y los hechos en que se funda (**arts. 171 inc. 4.º y 162 CT**).

El trabajador tiene un plazo de 60 días hábiles contado desde la terminación, para recurrir al juzgado respectivo, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones y recargos legales. Tratándose de la aplicación de las causales de las letras a) y b) del número 1 del artículo 160, el trabajador afectado podrá reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción que concede el inciso anterior, las otras indemnizaciones a que tenga derecho (**art. 171 inc. 2º CT**).

3.2.2.3. Efectos.

a) Si el tribunal acoge la pretensión del trabajador ordenará el pago de las indemnización sustitutiva del preaviso y la indemnización por años de servidos legal o convencional, según corresponda, aumentada en un 50% en el caso de la causal del número 7 o hasta en

un 80%, en el caso de las causales de los números 1 y 5 del **art. 160 CT (art. 171 inc. 1.º CT)**.

Cuando el trabajador rescinde su contrato por hecho imputable al patrono, los efectos de la denuncia contractual son los mismos que los que se producen cuando la decisión se debe a un acto unilateral del empresario. El trabajador ante la situación planteada, se considera como despedido, de manera que su denuncia justificada del contrato surte igual eficacia que la disolución sin justa causa por parte de empresario. En realidad, el trabajador se encuentra ante una situación de despido; y la misma se define por una conducta imputable al empresario⁴¹.

Tratándose de la aplicación de las causales de las letras a) y b) del número 1 del artículo 160, junto con condenar al pago de las indemnizaciones por término de contrato y el recargo correspondiente, el juez deberá condenar al empleador a las otras indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador (daño emergente, lucro cesante, daño físico, psíquico y moral), fijando su monto y siempre y cuando el trabajador las haya hecho valer en la demanda.

b) Si el tribunal rechazare el reclamo del trabajador, se entenderá que el contrato ha terminado por renuncia de éste (**art. 171 inc. quinto CT**) y, por tanto no tiene derecho a indemnizaciones.

Si el trabajador hubiere invocado la causal “conductas de acoso sexual”, falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiese declarado su demanda carente de motivo plausible, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado. En el evento que la causal haya sido invocada maliciosamente, además de la indemnización de los perjuicios, quedará sujeto a las otras acciones legales que procedan (**art. 171 inc. final CT**).

⁴¹ *Idem.*

3.2.3. MUERTE DEL TRABAJADOR.

En el derecho común, la regla general es la *transmisibilidad* de las obligaciones. La muerte de una persona no extingue sus obligaciones, pues el heredero es el continuador de la persona del causante (art. 1097 CC). En materia contractual se dice que “quien contrata para sí, contrata para sus herederos”. La excepción la constituyen los contratos *intuitu personae*, como el mandato, que termina por la muerte del mandante o del mandatario.

La especial naturaleza de la prestación del trabajador, que, además de libre, es personalísima, justifica que la relación laboral se extinga a su muerte. En efecto, el contrato de trabajo tiene la peculiaridad de ser *intuitu personae* únicamente respecto de la parte trabajadora. Al fallecimiento del trabajador la obligación de prestar servicios no puede pasar de ninguna forma a los sucesores del trabajador, de modo y manera que el contrato de trabajo terminará por la muerte del trabajador (**art. 159 N° 3 CT**).

En cambio, si fallece el empleador, su posición en el contrato de trabajo es asumida, *ipso iure*, por sus herederos (**arts. 4° inc. 2° y 148 CT**). Esta singularidad se explica porque mientras al trabajador le interesa fundamentalmente el pago de sus remuneraciones, obligación que puede ser asumida por cualquiera, el empleador obtiene en virtud del contrato de trabajo una energía, habilidad, competencia y probidad que son propias y distintivas de una persona específica y, que por ende pueden variar sustancialmente en otra.

Pero en lo que respecta a los derechos que constituyen créditos (como la remuneración por los días pendientes hasta la muerte del trabajador, el feriado proporcional, etc.) la transmisión es indudable. El **art. 60 CT** establece una norma especial sobre este punto: En caso de fallecimiento del trabajador, las remuneraciones que se adeuden serán pagadas por el empleador a la persona que se hizo cargo de sus funerales, hasta concurrencia del costo de los mismos. El saldo, si lo hubiere, y las demás prestaciones pendientes a la fecha del fallecimiento, si en conjunto no superasen las 5 unidades tributarias anuales, se pagarán al

cónyuge, a los hijos legítimos o naturales o a los padres legítimos o naturales del fallecido, unos a falta de otros, en el orden indicado, bastando acreditar el estado civil respectivo⁴².

Cabe aquí, hacer la comparación con lo establecido en el Art. 88 del DL 3500, que también hace referencia al pago de quién se haga cargo de los funerales del trabajador, el caso en que ambas normas podrían llegar a confluir sucede en el evento de que fallezca un trabajador que ya se encuentra pensionado, por lo que hay dos formas diversas de cubrir el pago de los funerales. La forma más racional de proceder sería privilegiar el pago de los gastos del funeral por el sistema de pensiones ya que es un beneficio de cuota mortuoria, es decir de no ejercerse se pierde dicho beneficio al estar relacionado únicamente con el evento de cubrir con los gastos del funeral, en cambio en el caso de la deuda no pagada con el empleador dicha deuda no es para el uso exclusivo de los gastos del funeral sino que solo se le da un orden de prelación al pago de los gastos del mismo, es decir gozan de prioridad en el pago pero no es el único fin que se les puede dar a esos dineros, por lo que de no ser utilizados para el pago del funeral quedará la diferencia a favor de los familiares.

En cuanto a los efectos de esta causal, cabe señalar que «en Chile, la muerte del trabajador no trae otro tipo de indemnizaciones que las establecidas por la seguridad social, aunque con frecuencia suelen algunos empleadores dar prestaciones adicionales voluntarias o fijadas en las convenciones colectivas de trabajo. La seguridad social contempla pensión de sobrevivencia o montepío a favor de los familiares más cercanos»⁴³.

3.2.4. LA INVALIDEZ DEL TRABAJADOR NO ES CAUSAL DE TÉRMINO.

Conforme a lo señalado en el **art. 161 bis** CT, *“la invalidez, total o parcial, no es justa causa para el término del contrato de trabajo. El trabajador que fuere separado de sus*

⁴² Nótese que el Código del Trabajo establece aquí un pequeño y especialísimo orden sucesorio.

⁴³ VIVANCO: op. cit. pág. 36.

funciones por tal motivo, tendrá derecho a la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, con el incremento señalado en la letra b) del artículo 168”.

3.3. LA TERMINACIÓN POR VOLUNTAD CONJUNTA DE TRABAJADOR Y EMPLEADOR.

3.3.1. TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO.

El mutuo acuerdo, mutuo disenso o “resciliación”, es una causal de extinción de contratos propia del Derecho Civil (arts. 1567 inc. 1.º y 1545 CC). Es una aplicación de un conocido aforismo: “las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen”. Si la relación de trabajo se origina en un acuerdo de voluntades, las partes pueden asimismo retractarse del contrato de trabajo celebrado, mediante una nueva convención, en que acuerdan su extinción.

Inicialmente, esta forma de darle término al contrato de trabajo fue repudiada por el derecho del trabajo, atendiendo al riesgo que tal pacto llevaba implícito en cuanto el empleador de mala fe puede exigirle al trabajador que este pacto lo firme en blanco al celebrar el contrato, sea para encubrir la renuncia de derechos irrenunciables o para ponerle término al contrato. Esta causal no fue establecida en el Código de 1931, ni tampoco en la Ley N° 16.455 sobre estabilidad en el empleo, y sólo fue introducida en nuestra legislación por el Decreto N° 2.200 de 1978, sin establecer en dicho texto resguardo alguno para evitar los abusos señalados⁴⁴.

A fin de precaver tales abusos, el **art. 177 CT** exige que, si el contrato de trabajo ha durado más de treinta días, el mutuo acuerdo conste por escrito. Agrega que el instrumento respectivo debe firmarlo el interesado y el presidente del sindicato o el delegado del personal o sindical respectivos, o bien ratificado por el trabajador ante el inspector del

⁴⁴ Manuel VIVANCO CISTERNAS: *El Despido Laboral*, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, págs.30 y 31.

trabajo, ante notario público u oficial del registro civil. Si no se cumplen estas formalidades, el instrumento en que conste el mutuo acuerdo no podrá ser invocado por el empleador.

Como el contrato termina de manera voluntaria, no hay derecho a indemnización alguna, salvo que se hubiere pactado una *a todo evento*.

Si el trabajador estuviere demandado por alimentos, y se hubiera decretado en el respectivo proceso la retención por el empleador de los alimentos provisorios o, en su caso, de los definitivos, el empleador deberá dar cuenta al tribunal del término de la relación laboral con el alimentante. En caso de incumplimiento, el tribunal determinará a responsabilidad de aquél en el hecho y aplicará, si correspondiere, una multa a beneficio fiscal, equivalente al doble de la cantidad mandada retener, lo que no obsta para que se despache en su contra, o en contra del alimentante el mandamiento de ejecución que corresponda. Cabe advertir que si el trabajador es deudor de alimentos por resolución que cause ejecutoria a favor del cónyuge, de los padres, de los hijos o del adoptado, y pone término a la relación laboral por renuncia voluntaria o mutuo acuerdo con el empleador, sin causa justificada, después de la notificación de la demanda, careciendo de rentas que sean suficientes para poder cumplir la obligación alimenticia, el juez podrá decretar en su contra arresto nocturno hasta por 15 días, el que se podrá repetir una vez y luego transformarse en arrestos simple(arts. 13 y 15 Ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias[DFL-1 30/05/2000]).

3.3.2. TERMINACIÓN POR CAUSAS PACTADAS (VENCIMIENTO DEL PLAZO CONVENIDO).

De acuerdo con el **art. 159 N° 4 CT**, el contrato de trabajo terminará por el vencimiento del plazo convenido en dicho contrato.

3.3.2.1. *Concepto.*

El plazo es un hecho futuro y cierto de que depende el ejercicio o la extinción de un derecho. Cuando el contrato de trabajo se sujeta a esta modalidad, lo ordinario es que se

trate de un plazo extintivo⁴⁵. Las partes niegan *ab initio* la permanencia indefinida de su relación y prevén al tiempo de contratar la ocurrencia de un hecho que pondrá fin a aquella. Podrá ser una fecha, o el transcurso de una determinada cantidad de unidades de tiempo (días, meses, años).

El Código del Trabajo no señala un plazo mínimo, admite explícitamente que se estipule una duración de 30 días o menos (**arts. 9.º inc. 1.º, 44 inc. 4.º y 177 inc. 3.º CT**) y, en el caso del contrato de los trabajadores de artes y espectáculos, admite que pueda pactarse por una sola función (**art. 145-A CT**) y por un lapso inferior a tres días (**art. 145-B CT**), en cuyo caso tenemos que el contrato de trabajo puede llegar a tener una duración de horas o incluso menos tiempo.

En cambio, el Código del Trabajo establece un plazo máximo de un año, como regla general. Excepcionalmente, tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, la duración del contrato no podrá exceder de dos años. El plazo deber ser expreso (**art. 10 N° 6 CT**).

3.3.2.2. *Procedimiento.*

Cumplido el plazo convenido, el empleador debe comunicar por escrito al trabajador que el contrato ha llegado a su fin por dicha causal. El aviso escrito deberá dársele personalmente o enviarlo, mediante carta certificada, al domicilio señalado en el contrato, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación, con copia a la Inspección del Trabajo, dentro del mismo plazo.

La omisión, ineptitud o extemporaneidad de la comunicación de la causal será sancionada con multa, pero no invalidará la terminación del contrato.

⁴⁵ Pero también es posible sujetar el contrato de trabajo a un plazo suspensivo: las partes celebran el contrato, pero acuerdan que éste comenzará a ejecutarse en una fecha futura. Se trata de un caso de suspensión convencional del contrato de trabajo.

El empleador deberá, además, informar por escrito al trabajador el pago de las cotizaciones a la seguridad social devengadas hasta el último día del mes anterior a la separación, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. La infracción de esta última obligación acarrea la nulidad del término del contrato en los términos ya estudiados.

3.3.2.3. *Efectos.*

Encontrándose preestablecida en el contrato la fecha de término de la relación de trabajo, el empleador queda eximido de la obligación de preaviso o indemnización sustitutiva. «La forma regular de término de los contratos a plazo consiste en trabajar hasta el cumplimiento del plazo estipulado, con lo que, obviamente, no hay despido ni derecho a indemnización alguna por el tiempo servido»⁴⁶.

la característica esencial de esta clase de contratos es que se fija de antemano su duración, cláusula que impone a las partes la obligación por él contraída por todo el tiempo que se haya pactado, y si alguna de las partes contratantes quisiere darlo por terminado antes de su vencimiento, deberá indemnizar a la otra los perjuicios que tal determinación le cause, que en la práctica se traduce en los salarios que habría percibido hasta la terminación normal del contrato⁴⁷.

Al prefijarse un plazo en el contrato, el empleador asume la obligación de mantener al trabajador en su empleo hasta el completo transcurso del mismo, y, por consiguiente, la decisión unilateral del empleador de ponerle término anticipadamente importa un incumplimiento contractual, y la correspondiente obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios irrogados en virtud de tal decisión, esto es, el pago de las remuneraciones, incluidas las cotizaciones a la seguridad social, como si se hubieren prestado los servicios hasta el vencimiento del plazo fijo. Esta indemnización civil es incompatible con la por años de servicio en virtud de lo dispuesto en el **art. 176 CT**, pero en la práctica, salvo el

⁴⁶ VIVANCO: *Op. cit.* pág. 39.

⁴⁷ Héctor HUMERES MAGNAN y Héctor HUMERES NOGUER: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 14ª edición, Editorial Jurídica de Chile, pág. 90.

caso de gerentes, profesionales y técnicos, no puede darse un concurso entre ambas indemnizaciones ya que el contrato se interrumpirá antes del año. De producirse tal concurso el trabajador deberá optar entre una y otra.

Con todo, el empleador podrá despedir al trabajador antes del plazo, sin derecho a indemnización alguna, si éste incurre en alguna causal de despido disciplinario. Y, viceversa, el trabajador podrá provocar el despido indirecto *ante tempus* si el empleador incurre en las causales de los números 1, 5 ó 7 del **art. 160 CT**.

En ciertos casos, que prevé el **art. 159 N° 4 CT**, la llegada del plazo no pondrá fin al contrato, sino que éste se transformará, por el solo ministerio de la ley, en un contrato de trabajo de duración indefinida. Así ocurrirá por el hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, o después de la segunda renovación de un contrato a plazo fijo.

Además el precepto citado establece una presunción simplemente legal, conforme a la cual se entiende que el trabajador ha sido contratado indefinidamente, cuando hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante 12 meses o más en un período de 15 meses, contados desde la primera contratación.

3.3.3. TERMINACIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES POR CONCLUSIÓN DEL TRABAJO O SERVICIO QUE DIO ORIGEN AL CONTRATO.

3.3.3.1. Causa.

De conformidad con lo dispuesto en el **art. 159 N° 5 CT**, el contrato de trabajo terminará por la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato. THAYER y NOVOA precisan que:

la aceptación de esta causal es rigurosamente funcional a lo estipulado en el contrato sobre la “naturaleza de los servicios”. Si efectivamente se contrató para la

realización de un trabajo específico y determinado, debidamente individualizado en el contrato, una vez terminado dicho trabajo fluye como lógica consecuencia la expiración del contrato; pero si no ha habido estipulaciones claras y concretas en el instrumento contractual, habrá de interpretarse que el contrato es de duración indefinida⁴⁸.

“Al momento de celebrarse el contrato de trabajo, las partes, de acuerdo con el ordenamiento laboral vigente, tienen tres alternativas respecto de la duración del contrato: de tiempo indefinido, de plazo fijo y de obra o servicio”⁴⁹. Pero mientras la opción entre las dos primeras alternativas queda entregada por la ley a la sola voluntad de las partes, la elección del contrato por obra o servicio supone que haya una correspondencia con la realidad objetiva. Como observa ROMERO, en la historia fidedigna de la Ley 19.010 «al considerarse el alcance de esta causal se dejó constancia (...) que ella solamente se configuraba tratándose de “servicios natural y normalmente finables”, excluyendo, por ende, la voluntad de las partes en la estimación de la temporalidad, la que ha de emanar objetivamente de la naturaleza de la labor»⁵⁰.

La contratación para obra determinada no ha de entenderse necesariamente para la realización total, completa y acabada de la obra de que se trate, sino que puede ser para cualquiera de sus elementos, fases o porciones, que, en una planificación técnica normal, pueden sucederse tanto cronológicamente como en su ubicación geográfica o espacial incluso en las de gran envergadura.

⁴⁸ William THAYER ARTEAGA y Patricio NOVOA FUENZALIDA: *Manual de derecho del trabajo*, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1980, tomo III, p. 389.

⁴⁹ Irene ROJAS MIÑO. *Manual de derecho del trabajo*, Lexisnexis, Santiago de Chile, marzo 2004, p. 15.

⁵⁰ Mario ROMERO GUGGISBERG: “Los contratos de duración determinada”, ponencia presentada por el autor en las *XI Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Concepción, agosto de 1998, p. 39.

También cabría sujetar a esta causal de terminación el contrato de trabajo de los trabajadores de artes y espectáculos, cuando se pacta su duración por una o más funciones, por obra, por temporada o por proyecto (**art. 145-A CT**).

3.3.3.2. Procedimiento.

Cumplido el trabajo o servicio, el empleador debe comunicar por escrito al trabajador que el contrato ha llegado a su fin por la causal en comento indicando los hechos que la configuran. El aviso escrito deberá dársele personalmente o enviarlo, mediante carta certificada, al domicilio señalado en el contrato, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación, con copia a la Inspección del Trabajo, dentro del mismo plazo.

La omisión, ineptitud o extemporaneidad de la comunicación de la causal será sancionada con multa, pero no invalidará la terminación del contrato. El empleador deberá, además, informar por escrito al trabajador el pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. La infracción de esta última obligación acarrea la nulidad del término del contrato.

Si el trabajador estuviere demandado por alimentos, y se hubiera decretado en el respectivo proceso la retención por el empleador de los alimentos provisorios o, en su caso, de los definitivos, el empleador deberá dar cuenta al tribunal del término de la relación laboral con el alimentante. En caso de incumplimiento, el tribunal determinará a responsabilidad de aquél en el hecho y aplicará, si correspondiere, una multa a beneficio fiscal, equivalente al doble de la cantidad mandada retener, lo que no obsta para que se despache en su contra, o en contra del alimentante el mandamiento de ejecución que corresponda (art. 13 Ley 14.908).

3.3.3.3. Efectos.

Si, como dicen los profesores THAYER y NOVOA, el contrato de trabajo se extingue de manera natural y lógica al concluirse la obra o servicio específicos para el cual se contrató

al trabajador, no existe causa que haga procedentes las indemnizaciones legales por término de contrato.

Ahora bien, no es posible subsumir en esta causal aquellas situaciones en que la obra o servicio llega a su fin, irrealizado, por un incumplimiento imputable al empleador, o al trabajador en su caso. En este sentido, la Corte Suprema ha resuelto que «cuando el término de una concesión se produce por actos voluntarios del empleador –falta de pago de rentas de arrendamiento, falta de pago de mercadería adquirida y protesto de documentos mercantiles-, no corresponde hablar de término de la obra o servicio para la cual se contrató a los trabajadores»⁵¹.

En los casos en que se rompa el contrato antes de la conclusión del trabajo o servicio que le dio origen sólo procede, de conformidad a las reglas generales de derecho, cobrar el daño emergente, esto es, los salarios y demás emolumentos que el trabajador dejó de percibir por la terminación anticipada o los perjuicios ocasionados al empleador, en su caso. Así, la Corte Suprema ha resuelto:

si todos los trabajadores de un “packing” fueron contratados “hasta el término del embalaje de la uva”, sin otra explicación o especificación, una línea de embalaje de uva de una variedad escasa terminó el 20 de enero de 1989, siendo que las faenas generales de las otras líneas siguieron, al menos hasta el 31 de marzo, el empleador que puso término a los contratos de determinados trabajadores el 20 de enero, debe indemnizar a estos trabajadores “con el equivalente a las remuneraciones del tiempo que faltó para que concluyera la faena de embalaje de la uva”⁵².

⁵¹ Exma. Corte Suprema, 23-VII-85, Rol N° 617, citada en VIVANCO: op. cit. pág. 49.

⁵² Exma. Corte Suprema, 09-IV-90, Rol N° 958/89, citado por URZUA URRUTIA, MARIO: *Manual de consultas laborales y previsionales*, Ediciones Técnicas Laborales, año X, N° 111, agosto de 1994, p. 15.

Últimamente la jurisprudencia viene fallando que la causal del art. 161 CT, necesidades de la empresa, se puede aplicar a contratos por obra o faena, ya que la referida norma no distingue. Tal interpretación colisiona con la obligatoriedad contractual, ya que si las partes acordaron una duración sujeta a una obra (o un plazo) aplicar unilateralmente otra causal sería un incumplimiento de lo acordado.⁵³

4. RÉGIMEN DE TERMINACIÓN NO CAUSADO O POR SIMPLE DESAHUCIO DEL EMPLEADOR.

4.1. TRABAJADORES QUE PUEDEN SER DESPEDIDOS SIN EXPRESIÓN DE CAUSAL:

Nuestra legislación acepta explícitamente el *desahucio* (**art. 161 inc. 2º** CT), esto es, el despido sin expresión de causal, aunque sólo respecto de ciertos trabajadores. A saber:

- a) los que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración;
- b) los trabajadores de casa particular;
- c) trabajadores que ocupen cargos o empleos de exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.

4.2. EFECTOS.

El desahucio pone término al contrato de trabajo. Si el contrato hubiere estado vigente un año o más, el trabajador tendrá derecho a la indemnización por años de servicio, ya legal, ya convencional, según corresponda (**art. 163** CT).

Con todo, el desahucio no podrá ser invocado con respecto a trabajadores que gocen de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, otorgada

⁵³ Por todas, sentencia de la C. de Apelaciones de Antofagasta, confirmada por la Corte Suprema. *Revista Laboral Chilena*, septiembre-octubre 2005

en conformidad a las normas legales vigentes que regulan la materia (**art. 161 inc. final** CT).

En el caso de los trabajadores de casa particular la imposibilidad de desahuciar el contrato en situación de licencia por enfermedad tiene unos efectos más limitados. En efecto el **art. 152, inc. 1º**, CT establece que *“en los casos de enfermedad del trabajador, el empleador deberá dar inmediato aviso al organismo de seguridad social respectivo y estará además, obligado a conservarle el cargo, sin derecho a remuneración, por ocho días, si tuviera menos de seis meses de servicios, durante quince días, si hubiera servido más de un semestre y menos de un año, y por un periodo de hasta treinta días, si hubiera trabajado más de doce meses”*.

Y aun el desahucio puede operar de inmediato el término del contrato en caso de enfermedad contagiosa del trabajador. En efecto el **art. 152, inc. 2º**, CT, señala que *“toda enfermedad contagiosa, clínicamente calificada, de una de las partes o de las personas que habitan la casa, da derecho a la otra parte para poner término al contrato.”*

En el caso de los trabajadores de casa particular, el desahucio habilita al trabajador para girar los fondos acumulados en la cuenta de ahorro especial que posee en la AFP correspondiente, a título de indemnización a todo evento (**arts. 163 inc. 4º y 165** CT)

4.3. PROCEDIMIENTO.

El desahucio será por escrito y deberá darse con 30 días de anticipación, a lo menos y con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. El empleador podrá obviar este preaviso pagando al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada (**art. 161 inc 2º** CT). El empleador está obligado a pagar las indemnizaciones en un solo acto al momento de extender el finiquito (**arts. 170-169 letra a** CT).

El empleador puede imputar a la indemnización por años de servicio la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía constituida por las cotizaciones efectuadas por el empleador más su rentabilidad, deducidos los costos de administración que correspondan, con cargo a las cuales el asegurado pueda hacer retiros conforme al art. 15 LSC 8 (art. 13 inc. 2.º LSC).

En el caso que no se les hubiere efectuado dicho pago al momento del finiquito, los trabajadores podrán instar por su pago y por la del aviso previo, si fuese el caso, dentro de los 60 días hábiles contados desde la fecha de la separación, Este plazo de caducidad se suspende en la misma forma que el de la acción por despido injustificado (**art. 170 CT**).

5. DERECHO DE IMPUGNAR JUDICIALMENTE LA CAUSAL DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

La ley concede al trabajador el derecho de impugnar judicialmente la causal de terminación del contrato de trabajo, cualquiera que esta sea y también la terminación por desahucio. La acción tiene por objeto discutir los presupuestos fácticos que motivaron la terminación del contrato, no con la finalidad de invalidar la decisión del empleador, sino para que el juez le condene al pago de la indemnización sustitutiva del preaviso y, en su caso, la por años de servicios, más los recargos legales correspondientes, cuando el empleador haya invocado una o más causales de aquellas que no dan derecho a indemnización (las de los **arts. 159 y 160 CT**) o bien, solamente la obligación de pagar el recargo legal sobre la indemnización por años de servicios, cuando se impugna la causal necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o el desahucio.

En efecto, el **art. 168 inc. 1º CT** 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 tal aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se ha 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.*

Si el trabajador deduce la acción que le otorga este artículo, se iniciará un proceso judicial en el cual se discutirá la efectividad de los hechos que dieron lugar a la terminación de su contrato de trabajo. Según la jurisprudencia uniforme, corresponde al empleador la carga de probar los hechos que justifican la causal invocada por él para poner fin al contrato. Si no sobrelleva dicha carga, es decir, si no ofrece pruebas o antecedentes suficientes para formar la convicción del tribunal de que el contrato terminó por una causa legítima, el despido será declarado, según el caso, injustificado, indebido, improcedente o sin causa legal. En tal caso el empleador será condenado al pago de la indemnización sustitutiva del preaviso y, si el contrato de trabajo hubiere estado vigente a lo menos un año, será condenado, además, a pagar la indemnización por años de servicios aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) En un 30%, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del **art. 161** CT (necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, desahucio);
- b) En un 50%, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del **art. 159** CT (mutuo acuerdo, renuncia o muerte del trabajador, vencimiento del plazo del contrato, conclusión de trabajo o servicio, caso fortuito o fuerza mayor) o no se hubiere invocado ninguna causal legal para dicho término;
- c) En un 80%, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del **art. 160** (despido disciplinario) CT.

Si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los **números 1, 5 y 6** del **art. 160** CT (conductas indebidas de carácter grave, actos temerarios, sabotaje) y el despido fuere declarado, además de indebido, *carente de motivo plausible* por el tribunal, la indemnización por años de servicio, convencional o legal, según correspondiere, se incrementará en un 100%.

5.1. EL DESPIDO “SIN CAUSA LEGAL”.

«Existe un matiz o diferencia entre el despido “injustificado, indebido o improcedente”, que supone la invocación de una causal que no se logra probar en juicio, y el despido “sin causa legal” en que no existe siquiera tal invocación»⁵⁴.

¿Cuándo se entiende que el despido es sin causa legal? La única oportunidad que señala la ley para invocar la causal es en el aviso de despido que regula el **art. 162 CT**. Los errores u omisiones en que incurra el empleador respecto al aviso están sancionados con multa, pero no invalidan la terminación del contrato.

Cabe preguntarse si es posible sustentar una sanción adicional: la preclusión o extinción del derecho del empleador de aducir legítimamente la causal de despido en el curso del proceso, en caso de reclamo judicial del trabajador. «En otras palabras, si por la sola omisión, falta de integridad o extemporaneidad del aviso ha de entenderse por el juez que el despido es “sin causa legal”»⁵⁵.

La tendencia de la jurisprudencia y de la doctrina responde afirmativamente a esta pregunta⁵⁶.

Si el empleador debe invocar causa legal, es un hecho objetivo que debe realizarse en el momento del despido o al tercer día, como exige el artículo 162, de modo que si el empleador no lo hace, necesariamente deberá así declararse por el Juez y ordenar el pago de las indemnizaciones. La ley obliga a exteriorizar formalmente

⁵⁴ Claudio PALAVECINO CACERES: “El aviso de despido: única oportunidad para invocar la causal de terminación”, *Revista Laboral Chilena*, Febrero-Marzo de 1999, pág. 65.

⁵⁵ *Idem*, pág. 66.

⁵⁶ Por todas, sentencia de la Iltma. C.A. de Concepción Rol N° 2432-2002, publicada en *Revista Laboral Chilena*, agosto de 2003, pág. 51 y ss. Existen, sin embargo, fallos, fundados en una mala intelección del inc. final del art. 160, que sostienen la tesis contraria, esto es, que la cuestión de determinar si el despido es injustificado o no, corresponde resolverla durante el proceso, en atención a la prueba allegada a él, independientemente de si el aviso cumplía con los requisitos legales o no, y por consiguiente sería siempre admisible invocar la causal durante el curso del juicio (Cf. R.D.J., enero-abril de 1996, sección tercera, págs. 22 y 23). Esta misma idea la sostiene el profesor Pablo SAAVEDRA BELMAR, arguyendo que el derecho del trabajo no es un derecho formalista (“El formalismo en el derecho laboral. En particular, el aviso de terminación del contrato individual de trabajo”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año LXIV N° 199, Enero-Junio 1996).

los motivos legales del despido, lo que necesariamente debe hacerse por escrito en la forma que la ley exige. Si no lo hace así, el Juez debe limitarse a constatar que no se invocó causal legal alguna o que no se dio aviso escrito, sin necesidad de conocer otros hechos para ordenar el pago de la indemnización⁵⁷.

Podemos señalar tres razones a favor de esta tesis:

- i) La omisión o falta de integridad del aviso, si bien no deja en la absoluta indefensión al trabajador, le provoca un perjuicio cierto a la hora de ejercer la acción de reclamo, pues deberá fundar su libelo en consideraciones difusas o meras conjeturas. Si se acepta que el empleador pueda fijar o modificar la causa o los hechos en que se funda, durante el curso del juicio, perjuicio del trabajador se troca en un beneficio ilegítimo para el empleador, el cual podría “armar” la causal, no ya en la contestación de la demanda, sino inclusive en las observaciones a la prueba, conforme con los datos que ésta arroje a favor de su pretensión.
- ii) La omisión, vaguedad o extemporaneidad del aviso, en cuanto infracción de una obligación laboral, es un atentado contra la buena fe: hay dolo en no querer cumplir una obligación a sabiendas de ella y pudiendo cumplirla; o cuando menos, una manifestación de negligencia por parte del empleador. Admitir que éste pueda invocar la causal fuera de la oportunidad que señala explícitamente la ley, significa permitirle que obtenga provecho de su propio dolo o negligencia, lo que repugna al más elemental sentimiento de justicia.
- iii) Si hemos de asignar a la expresión “causa” su sentido natural y obvio, es necesario admitir que la decisión de poner término al contrato debe ser la “consecuencia”, el “efecto” de esa causa o motivo legal. Por ende, la invocación de la causal debe ser coetánea al acto mismo del despido, pues un señalamiento tardío, o como mera reacción frente a la demanda judicial del trabajador, revelaría ya no una relación

⁵⁷ Francisco TAPIA GUERRERO y: “El control judicial del despido”, *Revista Laboral Chilena*, mayo de 1999, pág. 65. En este artículo se cita numerosa jurisprudencia que avala la tesis de los autores.

causa-efecto entre la hipótesis legal y el despido, sino más bien un pretexto – urdido ulteriormente- para eludir el pago de las compensaciones correspondientes.

La ley 20.087 que establece nuevos procedimientos para la tramitación de los juicios laborales, introdujo un nuevo **art. 454 CT**, en cuyo N° 1) se establece expresamente que la carga probatoria en relación con la causal de despido corresponde al empleador “*debiendo acreditar la veracidad de los hechos imputado 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*”.

5.2. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN⁵⁸.

El ejercicio de la acción en comento está sujeto a dos plazos: El primero lo establece el **art. 168 inc. 1° CT** y es de 60 días hábiles, contados desde la separación.

Este plazo se suspende cuando el trabajador interpone un reclamo previo ante la Inspección del Trabajo y mientras dure su tramitación, con el tope de 90 días hábiles, los que no se cuentan desde el reclamo ante el órgano fiscalizador, sino desde la separación.

El **inc. 2° del art. 168 CT**, *in fine*, dice que «en ningún caso podrá recurrirse al tribunal transcurridos noventa días hábiles desde la separación del trabajador». Del texto se desprende que estamos frente a un plazo de *caducidad*.

Se designa, también a esta institución con la denominación de *decadencia* para denotar que entraña una acción, derecho o facultad que se pierde por causa de haber expirado el plazo extintivo que la ley concede para que la acción, el derecho o la facultad se ejerciten con utilidad. «Esta institución jurídica que se asemeja a la

⁵⁸ Síntesis del capítulo sexto de mi memoria de prueba: *Temas emergentes en el derecho laboral*, tomo II, pág. 363 y ss. (Facultad de Derecho de la U. de Chile, noviembre de 1998).

prescripción extintiva en que produce la desaparición de un derecho por el transcurso del tiempo, presenta unos caracteres más severos que la referida prescripción»⁵⁹

Nos interesa destacar tres de las cuatro diferencias que ABELIUK⁶⁰ observa entre caducidad y prescripción extintiva:

1°.- En la caducidad prima antes que nada el interés señalado del legislador de estabilizar rápidamente una situación jurídica; es su único fundamento, mientras en la prescripción extintiva hemos señalado la militancia de varios intereses confluyentes;

2°.- Por la misma razón la caducidad puede y debe ser declarada de oficio; así, si se impugna la paternidad fuera de plazo, el juez debe rechazar la demanda, mientras que, según veremos, la prescripción extintiva debe ser alegada, y puede renunciarse una vez cumplido su plazo;

3°.- La prescripción por regla general admite suspensión e interrupción, mientras la caducidad no tolera ni una ni otra.

La caducidad de la acción por despido se ajusta a las características generales del instituto, con una única e importante salvedad: se suspende. Una de las modificaciones introducidas por la Ley 19.447 fue, precisamente, la posibilidad de suspenderse el curso del plazo de caducidad, *cuando dentro de éste el trabajador interponga un reclamo por cualquiera de las causales indicadas, ante la Inspección del Trabajo respectiva*. Ahora bien, como la

⁵⁹ Luis RIBO DURAN, citado en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo II, pág. 482

⁶⁰ René ABELIUK MANASEVICH: *Las Obligaciones*, Ediar Ediciones Ltda., Santiago, 1983, págs. 768 y 769.

posibilidad de suspensión es ordinariamente ajena a la caducidad, la norma precitada configura una excepción a la regla general, y como tal ha de ser interpretada.⁶¹

En todo lo demás, este plazo se comporta como una caducidad, por consiguiente:

- i) **Su efecto es automático.** Transcurrido el plazo de 60 días hábiles –o el de 90, si hubiere operado suspensión- el derecho a accionar se extingue, *ipso iure*, sin que sea menester declaración judicial. Queda ello de manifiesto cuando el legislador expresa que «*en ningún caso podrá recurrirse al tribunal transcurridos noventa días hábiles desde la separación del trabajador*».
- ii) Si ya *no puede recurrirse al tribunal* transcurrido el plazo, quiere decir que **la demanda extemporánea es inadmisibile**. Cumplido el plazo, la acción se extingue, muere, y por consiguiente pierde su virtud esencial de poner en movimiento la jurisdicción. El juez puede declarar inadmisibile la demanda y no dar curso a la misma si, de la mera lectura del libelo, aparece de manifiesto que ha sido interpuesto fuera de plazo.
- iii) El plazo del **art. 168 CT** constituye una norma de orden público, de lo que se sigue que **el juez está obligado a constatar la caducidad de la acción de despido *in actum*, apenas aparezca de manifiesto en el proceso, independientemente de la actitud que asuma el demandado**. Si no advirtió el juez, *ab initio*, la decadencia de la acción impetrada, el **art. 473 CT** lo faculta para corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso, pudiendo entonces en cualquier momento dictar la resolución que la constate, y ponga término al juicio, la cual será apelable de acuerdo al art. 465 inc. 1°. Nótese que este último precepto contempla expresamente, en el procedimiento ordinario laboral, la existencia de resoluciones, distintas de la sentencia definitiva «que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación».

⁶¹ En consecuencia no se suspende por reclamo ante la Inspección del Trabajo, el plazo de 60 días hábiles que tiene la trabajadora para impetrar la acción de nulidad de despido y reincorporación, cuando por ignorancia del estado de embarazo se hubiere puesto término al contrato de trabajo (art. 201 CT).

- iv) **Por ende, el hecho que el demandado no haga valer como excepción la caducidad, en la oportunidad preclusiva de la contestación de la demanda, no exime al juez de constatarla apenas tome conocimiento de ella.**

Así lo ha entendido la jurisprudencia: «La circunstancia que la demandada sólo haya hecho valer la caducidad del artículo 168 del Código del Trabajo, al interponer apelación contra la sentencia no obsta a su reconocimiento, toda vez que aquella opera de pleno derecho y, por consiguiente, extingue la acción por el sólo advenimiento del último día del plazo»⁶².

Durante algún tiempo se discutió cuál era el acto que ponía fin a este plazo de caducidad, qué había que hacer para que ya no siguiera corriendo. Algunas sentencias sostuvieron que era necesario notificar la demanda al demandado, otras, que bastaba con presentar la demanda en el tribunal competente sin necesidad de notificar. Actualmente la jurisprudencia se ha uniformado en el sentido que basta con ingresar la demanda ante la Corte de Apelaciones para su distribución, y en aquellos lugares en que no hay distribución de causas, el plazo de caducidad deja de correr cuando se ingresa la demanda en el tribunal de turno.

El otro plazo se desprende del **art. 510 inc. 2º** CT, conforme al cual *las acciones y derechos provenientes de los actos y contratos a que se refiere el Código del Trabajo prescribirán en seis meses contados desde la terminación de los servicios*. En consecuencia, la acción *proveniente* del despido injustificado o sin causa legal queda sujeta, además del plazo de caducidad, a esta prescripción extintiva de seis meses.

El precepto citado establece, como regla general, que esta prescripción extintiva no se suspende (inc. 5º). En el inc. final se consagra la única excepción, conforme con la cual la interposición de un reclamo administrativo suspende la prescripción hasta el plazo máximo de un año, contado no desde el reclamo, sino desde el término de los servicios. Para que opere esta suspensión han de reunirse copulativamente tres supuestos o requisitos:

⁶² Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10/04/95, Rol N° 381-95.

- a) El reclamo debe ser *debidamente notificado* al reclamado;
- b) El reclamo debe ser interpuesto dentro del plazo de prescripción; y
- c) La pretensión manifestada en el reclamo debe ser igual a la que se deduzca en la acción judicial correspondiente, emanar de los mismos hechos y estar referida a las mismas personas.

En estos casos el plazo de prescripción seguirá corriendo concluido que sea el trámite ante dicha Inspección.

Por otra parte, el **art. 510 inc. 5°** CT dice que los plazos de prescripción establecidos en el Código el Trabajo «se interrumpirán en conformidad a las normas de los artículos 2.523 y 2.524 del Código Civil». La interpretación de esta remisión ha suscitado controversias, sin embargo, hoy existe consenso en que esta prescripción de seis meses se interrumpe *civilmente*, por la notificación válida de la demanda al demandado.

De manera que ocurrido el despido empiezan a correr, paralelamente, dos plazos para interponer el reclamo judicial por despido: el de caducidad y el de prescripción. Puede ocurrir entonces que el trabajador presente la demanda dentro del plazo de 60 días, pero demore en notificar más de seis meses contados desde la separación, lo que hará prescribir su acción. No obstante, la prescripción, a diferencia de la caducidad, debe ser necesariamente alegada por el empleador en para enervar la pretensión del demandante. La oportunidad preclusiva para ello es la contestación de la demanda. Así lo establece el **art. 440 N° 3** CT que agrega: «con posterioridad no podrá hacerse valer excepción alguna».

6. LAS INDEMNIZACIONES POR TÉRMINO DE CONTRATO

6.1. LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DEL PREAVISO

El preaviso es el anuncio que, una de las dos partes en la relación laboral da a la otra, sobre su voluntad de poner finiquito al contrato; tendiendo a proteger: al empleado, en cuanto se le anuncia la inminencia de su cesantía y con ella la necesidad de una preocupación por su incertidumbre futura y al patrono, a los fines que su empresa pueda suplir con reemplazante, la plaza que habría de quedar desierta⁶³.

El Código del Trabajo contempla la obligación de preaviso del empleador en dos casos: el despido por la causal “necesidades de la empresa, establecimiento o servicio (**arts. 161 inc. 1° y 162 inc. 4° CT**), que procede respecto de cualquier trabajador; y el desahucio, que se aplica sólo a ciertos empleados (**art. 161 inc. 2° CT**). En ambos casos el empleador debe avisar su decisión por escrito al trabajador afectado, con 30 días de anticipación, a lo menos, enviando además una copia de dicho aviso a la Inspección del Trabajo. La comunicación al trabajador deberá también indicar, precisamente, el monto total a pagar por concepto de indemnización por años de servicio, si procediere.

«Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pagare al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada» (**arts. 161 inc. 2° y 162 inc. 4° CT**). Esta indemnización se conoce como *sustitutiva del aviso previo*. El **art. 168 CT** la extiende a los casos en que habiendo el trabajador impugnado judicialmente la aplicación de una o más de las causales establecidas en los **arts. 159, 160 y 161 CT**, el tribunal declara el despido injustificado, indebido, improcedente o sin causa legal.

El Código señala también al trabajador la obligación de preaviso en caso de renuncia, la cual deberá ser informada al empleador con 30 días de anticipación, a lo menos. Sin embargo, la ley laboral no prevé una indemnización sustitutiva a favor del empleador, en caso que el dependiente no efectúe dicho aviso. En todo caso, el patrón puede impetrar la acción civil resarcitoria si la renuncia intempestiva le ocasionare perjuicio.

⁶³ Palmiro BOGLIANO: *La estabilidad en el contrato de trabajo*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957.

6.2. LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO.

Nuestro sistema laboral reconoce tres tipos de indemnización por años de servicio, según cual sea la fuente de la misma. Así, cuando la obligación de indemnizar tiene su fuente en la ley, estaremos frente a una indemnización legal por años de servicio. Si la obligación surge de lo pactado por las partes, sea en un instrumento colectivo o en un contrato individual de trabajo, hablaremos de una indemnización pactada, contractual o convencional. Por último, cuando el empleador, por su mera liberalidad -esto es, sin estar obligado legal ni contractualmente- paga al término de la relación laboral una suma de dinero que, en cuanto a su monto, coincida con el de la indemnización legal, se estará frente a una indemnización voluntaria.⁶⁴

La clasificación entre indemnización legal y convencional está formulada expresamente en los **incs. 1.º y 2.º del art. 163 CT**, los cuales prescriben:

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

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

⁶⁴ Sergio SAPAG: *La indemnización por años de servicio: aspectos laborales, tributarios y previsionales*, memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Chile, Agosto de 1994, págs. 64 y 65.

En consecuencia, prima la indemnización pactada –individual o colectivamente- siempre y cuando el acuerdo establezca un monto superior al que señala la ley. La indemnización legal es, por consiguiente, supletoria de la convencional, existiendo, además, una incompatibilidad entre ambas. Esta incompatibilidad está establecida en el **art. 176 CT**, que reza *«la indemnización que debe pagarse en conformidad al artículo 163, será incompatible con toda otra indemnización que, por concepto de término de 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 indemnizaciones a todo evento establecidas en los artículos 164 y siguientes»*. De concurrir indemnizaciones incompatibles, deberá pagarse al trabajador aquella por la que opte.

Ahora bien, el **art. 163 CT** ordena el pago de la indemnización legal o convencional, cuando el empleador pusiere término al contrato en conformidad al **art. 161 CT**, esto es, por la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o, en su caso, por desahucio. Pero además, conforme a lo preceptuado en el **art. 168 CT**, la indemnización por años de servicio, sea legal o convencional, deberá ser pagada al trabajador cuando el empleador pusiere término al contrato:

- a) sin invocar una causa legal (no indica el motivo o señala un motivo extralegal);
- b) invoca una o más de las causales contempladas en los arts. 159, 160 y 161, pero no logra probar los hechos que la configuran.

En ambos casos, el trabajador deberá impetrar la acción de reclamo que contempla el **art. 168 CT** y obtener del tribunal la declaración de que el despido ha sido injustificado, indebido, improcedente o sin causa legal. El juez ordenará entonces el pago de la indemnización sustitutiva del preaviso y la por años de servicio, aumentada esta última de conformidad a las reglas ya estudiadas.

Procede también la indemnización por años de servicio, legal o convencional, cuando es el propio trabajador quien pone término a la relación de trabajo, en ejercicio de la acción de

despido indirecto de conformidad al **art. 171** CT y siempre y cuando juez acoja su pretensión.

De lo todo lo dicho precedentemente se desprende el carácter condicional de la indemnización por años de servicio. En efecto «la obligación del empleador de pagar la indemnización por años de servicio, y por tanto el derecho del trabajador de exigir su pago, es una obligación sujeta a condición suspensiva»⁶⁵.

Para que nazca la obligación y el derecho correlativo es preciso que el empleador ponga término al contrato de trabajo injustificadamente, o invocando la causal necesidades de la empresa, o por desahucio, en los casos en que procede, o que fuere el propio trabajador quien le pusiere término a la relación por haber incurrido el empleador en las causales de caducidad que señala la ley, y que cualquiera de estos hechos, futuros e inciertos, se produjese una vez transcurrido un año de vigencia del contrato de trabajo. En tanto no se cumpla cualquiera de estas condiciones el trabajador sólo tiene meras expectativas con respecto a la indemnización. Esta circunstancia explica por qué la Ley 18.018 debió excluir expresamente a los trabajadores contratados antes del 14/08/81 del tope de la indemnización, pues ellos no tenían un derecho adquirido sobre la indemnización sin tope y de no haberse establecido dicha exclusión, el límite los hubiera afectado igual que a los trabajadores contratados después de esa fecha.

Existen además de la indemnización por años de servicio, dos prestaciones pecuniarias que se pagan también con ocasión de la conclusión de la relación de trabajo. No constituyen estrictamente indemnizaciones por años de servicio, pero atendido que la substituyen o reemplazan, comparten una misma finalidad con ella. Tal es el caso de la indemnización que contempla el **inc. 4º** del **art. 163** CT, con motivo del término del contrato de los trabajadores de casa particular y del pacto sustitutivo de la indemnización por años de servicio regulado por los **arts. 164, 165, 166 y 167** CT. En ambos casos se trata de una

⁶⁵ SAPAG: *op. cit.* pág. 74.

suma que se paga “a todo evento”, esto es, cualquiera que sea la causa que origine la terminación del contrato. Volveremos sobre ellas más adelante.

6.2.1. MONTO Y CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN LEGAL.

6.2.1.1. *El monto.*

Conforme al **inc. 2.º** del **art. 163 CT**, el monto de la indemnización legal por años de servicio es equivalente a 30 días de la última remuneración mensual devengada por el trabajador, multiplicada por el número de años de servicio y fracción superior a 6 meses, prestados continuamente al empleador, con un tope máximo de 330 días de remuneración.

Hay que tener presente que a los trabajadores contratados antes del 14 de agosto de 1981, tendrán derecho a esta indemnización sin el tope de 330 días de remuneración (**Art. 5º Transitorio CT**)

Ordinariamente se dice que la indemnización por años de servicio es igual a “un mes por año”. Esto no es exacto:

sólo va ser así, cuando la última remuneración del trabajador corresponda a un mes que tenga treinta días. De no ser así, partiendo de la última remuneración mensual devengada por el trabajador, habría que determinar su remuneración diaria y el resultado primero multiplicarlo por treinta y luego por el número de años de servicio. Esto implica que en algunos casos la indemnización será inferior a “un mes por año” (en los meses que tengan menos de treinta días) y, en otros, superior (en los meses que tengan 31 días)⁶⁶.

⁶⁶ SAPAG: Op. cit. p. 136.

6.2.1.2. *La base de cálculo.*

Es la suma a partir de la cual se determina la remuneración diaria del trabajador, que deberá multiplicarse por 30 y luego por el número de años de servicio para llegar al monto definitivo de la indemnización.

De acuerdo al **art. 163 CT**, esta base está representada por *la última remuneración mensual devengada por el trabajador*. A su vez, el **art. 172 CT** señala expresamente las partidas que comprende la última remuneración mensual y el límite máximo de ella. La última remuneración mensual devengada es la que ganó el trabajador en el último mes anterior al término del contrato. Para calcularla debe atenderse a las normas precitadas, distinguiendo si se trata de un trabajador con remuneraciones fijas o variables.

1) Trabajadores con remuneración mensual fija.

El **art. 172 inc. 1º CT** establece que: «la última remuneración mensual 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 de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies valuadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez en el año, tales como gratificaciones y aguinaldos de Navidad»

En nuestra opinión, la correcta intelección de este precepto exigiría concordarlo con el **art. 41 CT**. En primer término sólo deberían considerarse para los efectos de determinar la base de cálculo de la indemnización por años de servicio aquellas sumas que revisten el carácter de *remuneración*, conforme a dicho **art. 41 CT**. Enseguida, deberían excluirse aquellos estipendios que, aun siendo remuneración, se encuentran expresamente excluidos, por el **art. 172 CT**.

En consecuencia, deberían excluirse en primer término, por no tener el carácter de remuneración (**art. 41 inc. 2º CT**), las siguientes partidas:

- a) Las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación;
- b) Los viáticos;
- c) Las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley; y
- d) En general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.

Sin embargo, la Dirección del Trabajo, en reiterados dictámenes, viene señalando que el art. 172 CT establece una regla especial aplicable a la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, conforme a la cual deberá comprender toda cantidad cuya periodicidad de paga sea mensual y que no se encuentre expresamente excluida por el citado precepto. Por tanto, en concepto de la DT se debe incluir en la base de cálculo de estas indemnizaciones las asignaciones de movilización y colación si se pagan mensualmente al trabajador (ORD. N° 6305/98 y ORD. N° 4466/308).

La Corte Suprema mantuvo durante años que las asignaciones de colación y movilización eran parte de la remuneración a efectos del cálculo de la indemnización por años de servicio, de conformidad al concepto de última remuneración mensual del artículo 172 del Código del Trabajo. Sin embargo, en el mes de junio de 2006, la Cuarta Sala del máximo tribunal dictó un fallo que sentó una nueva doctrina en cuanto a la exclusión de dichas asignaciones de la base de cálculo de la referida indemnización, doctrina que ha venido siendo reiterada en el curso del referido año judicial.

Según la nueva jurisprudencia del máximo tribunal, al utilizar, el artículo 172 del Código del Trabajo, el término "remuneración", el cual se encuentra definido por la ley, específicamente, en el artículo 41 del mismo cuerpo legal, no puede sino concluirse que para efectos de determinar la base de cálculo de las indemnizaciones legales, los estipendios a considerar deben tener la naturaleza de remuneración, que no es el caso de las asignaciones de movilización y colación, pues expresamente la norma en estudio las

excluye de dicho concepto. En consecuencia, habiéndose determinado por el legislador cuáles son los pagos considerados remuneraciones, a saber, las prestaciones en dinero o las especies avaluables en dinero, que tengan como antecedente el contrato de trabajo, ello no puede ser alterado por las partes.

Agrega la Corte Suprema que esto tiene su fundamento en la propia naturaleza de las asignaciones cuestionadas, pues ellas no son más que reembolsos de gastos, es decir, contraprestaciones cuyo fin es compensar al trabajador del valor de los alimentos que consume durante la jornada laboral, fuera de las dependencias de la empleadora y los gastos de movilización en que incurra.

Finalmente argumenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil, que el entendimiento de una norma siempre debe efectuarse de manera que éste se inserte coherentemente en el contexto total del cuerpo legal que lo contiene. Así, la interpretación y por ende, aplicación, de los dos artículos en estudio (41 y 172), debe ser conjunta, pues de lo contrario se incurriría en una incoherencia respecto de un mismo concepto, ya que los pagos de que se trata no constituirían remuneración durante la vigencia del contrato de trabajo, pero sí tendrían ese carácter al momento de la terminación del vínculo laboral.

Con todo, debe tenerse presente que la Dirección del Trabajo, no ha variado todavía su doctrina en orden a que el artículo 172 del Código del Trabajo establece una regla especial aplicable a la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, conforme a la cual deberá comprender toda cantidad cuya periodicidad de paga sea mensual y que no se encuentre expresamente excluida por el citado precepto. Por tanto, en concepto de la Dirección del Trabajo se debe incluir en la base de cálculo de estas indemnizaciones las asignaciones de movilización y colación si se pagan mensualmente al trabajador (ORD. N° 6305/98 y ORD. N° 4466/308).

No hay discusión, en cambio, que conforme al **art. 172** CT, no entran a la base de cálculo los siguientes estipendios (no obstante que, de acuerdo al **art. 41** CT, son remuneración):

- i) *Los pagos por sobretiempo*, esto es, el pago de las horas extraordinarias. Cabe hacer presente que la exclusión opera siempre, aun cuando su pago y monto sea constante mensualmente. Esto, porque la exclusión es expresa y específica, sin considerar su periodicidad.

- ii) *Los beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad*. Las gratificaciones y los aguinaldos de Navidad se mencionan a título ejemplar solamente.

Acá no existe una exclusión específica, como en el caso del pago de horas extraordinarias, lo que se puede apreciar claramente de la redacción de la norma. Por tanto, si producto de la voluntad de las partes de la relación laboral, se altera la naturaleza de ocasional o esporádica de las prestaciones señaladas por la norma a modo de ejemplo, estas, no obstante su nombramiento expreso por la norma, no cumplirán con la condición básica de la exclusión y, por tanto, deberán incluirse en la base de cálculo de la indemnización por años de servicio⁶⁷.

Ahora bien, los *anticipos* de la gratificación legal, aun cuando se pagan mes a mes no deben incluirse en la base de cálculo, porque no constituyen remuneración *devengada*. Como dice SAPAG:

de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 47 del Código del Trabajo, la gratificación legal sólo puede considerarse devengada cuando se tiene certeza de que el empleador ha obtenido utilidades líquidas, determinada en la forma prevista por el artículo 48 del mismo Código, en el respectivo ejercicio comercial, toda vez que la

⁶⁷ SAPAG: op. cit. p. 147.

existencia de estas utilidades es una condición esencial para que surja para el empleador la obligación de pagar la gratificación legal.⁶⁸

El **art. 172 CT** incluye expresamente, dentro de las partidas que deben ser consideradas en la última remuneración mensual, las *imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies valuables en dinero*. Estas sumas tienen el carácter de remuneraciones, por lo que su mención sólo tiene como finalidad confirmar y dejar clara su inclusión. En todo caso las “regalías” deben cumplir con el requisito general de periodicidad.

2) Trabajadores con remuneraciones variables.

Por remuneraciones variables hay que entender aquellas que si bien son periódicas, su monto es fluctuante, en el sentido que varía de un mes a otro. Tal es el caso, por ejemplo, de un trabajador remunerado a base de comisiones. Para determinar las partidas que se incluyen en el cálculo del promedio, debe estarse, por ende, a lo estudiado precedentemente (**art. 172 inc. 1º CT**).

De acuerdo a lo previsto en el **art. 172 inc. 2º CT**, *la indemnización se calculará sobre la base del promedio percibido por el trabajador en los últimos tres meses calendario*.

En consecuencia,

para determinar la base de cálculo de la indemnización de trabajadores sujetos a remuneraciones variables, se deben sumar las remuneraciones percibidas por el trabajador en los últimos tres meses calendarios anteriores al término del contrato y dividirse por tres. El resultado así determinado, constituirá la base de cálculo de la indemnización⁶⁹.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 150.

⁶⁹ SAPAG: *op. cit.*, p. 151.

6.2.1.3. *Tope de remuneración mensual para base de cálculo.*

El **art. 172 inc. 3º** CT advierte que, *con todo, para los efectos de las indemnizaciones establecidas en este título, no se considerará una remuneración mensual superior a 90 unidades de fomento del último día del mes anterior al pago, limitándose a dicho monto la base de cálculo.*

6.2.3. REAJUSTABILIDAD Y DEVENGAMIENTO DE INTERESES

Con arreglo a lo dispuesto en el **art. 173** CT, el monto de la indemnización por años de servicio debe pagarse reajustada, conforme a la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor (IPC), determinada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), entre el mes anterior a aquel en que se puso término al contrato y el que antecede a aquel en que se efectúe el pago.

El citado precepto agrega que el monto de la indemnización, reajustado en la forma antes señalada devengará, desde el término del contrato, el máximo interés permitido para operaciones reajustables. Este interés es fijado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de acuerdo a lo establecido en el art. 6 de la Ley N° 18.010, sobre operaciones de crédito de dinero y se publica en el Diario Oficial en la primera quincena de cada mes.

6.3. PACTO SUSTITUTIVO DE LA INDEMNIZACIÓN LEGAL POR AÑOS DE SERVICIO⁷⁰.

⁷⁰ Sigo, en general, el párrafo 5º del Capítulo 2º de SAPAG.

6.3.1. CONCEPTO:

Es aquella indemnización por años de servicio, sustitutiva de la indemnización legal en lo que respecta al período comprendido entre el séptimo y el undécimo año de servicio, que supone un pacto expreso entre el empleador y el trabajador, cuyo monto es equivalente a 15 días de remuneración por cada año de servicio, como mínimo y su procedencia es a todo evento, es decir, el trabajador tiene derecho a percibirla al término del contrato, cualquiera que sea la causa que la origine.

6.3.2. CARACTERÍSTICAS:

- 1) Es sustitutiva de la indemnización legal por años de servicio, pero sólo en lo que respecta al período comprendido entre el séptimo año de la relación laboral y hasta el término del undécimo año. (A los contratados antes del 14/08/81 no les afecta el tope de 11 años).
- 2) Exige un acuerdo entre empleador y trabajador con el objeto preciso de pactar esta forma de indemnización, pues supone una reducción del monto de la indemnización legal que no puede ser impuesto al trabajador. Este pacto deberá constar por escrito.
- 3) Su monto no puede ser inferior a 15 días de remuneración por cada año de servicio. Esta característica surge de que el aporte o cotización mensual que debe hacer el empleador para formar el fondo indemnizatorio, no puede ser inferior a un 4,11% de las remuneraciones mensuales de naturaleza imponible (con un tope de 90 U.F.) que devengue el trabajador a partir de la fecha del acuerdo. Por ende, en un año, el capital acumulado bordeará el 50% de la remuneración (15 días) sin contar la rentabilidad que genere dicho capital en igual lapso.
- 4) Es financiada por el empleador con aportes o cotizaciones mensuales en una cuenta de ahorro especial que deberá llevarse en la respectiva A.F.P. Las administradoras podrán cobrar una comisión porcentual, de carácter uniforme, sobre los depósitos que se

efectúen en estas cuentas. Los trabajadores no afectos al sistema de pensiones del D.L. 3.500, se afiliarán a alguna AFP. para el solo efecto del cobro y administración del aporte.

Los aportes que deba efectuar el empleador tendrán el carácter de cotizaciones previsionales para los efectos de su cobro. Al respecto se aplicarán las normas contenidas en el art. 19 del DL 3.500.

Los referidos aportes, siempre que no excedan de un 8,33% de la remuneración mensual de naturaleza imponible del trabajador y la rentabilidad que se obtenga de ellos, no constituirán renta para ningún efecto tributario. El retiro de estos aportes no estará afecto a impuesto.

En caso de incapacidad temporal del trabajador, el empleador deberá efectuar los aportes sobre el monto de los subsidios que perciba aquél.

- 5) Es una indemnización a todo evento, su pago procederá aun cuando el contrato de trabajo termine por una causal imputable al trabajador. Esta es la ventaja que compensa su inferior monto respecto de la indemnización legal.
- 6) Los fondos de la cuenta especial sólo podrán ser girados una vez que el trabajador acredite que ha dejado de prestar servicios en la empresa de que se trate, cualquiera que sea la causa de tal terminación y sólo serán embargables en los casos previstos en el inc. 2° del art. 57 (pensiones alimenticias debidas por ley y decretadas judicialmente, defraudación, hurto o robo cometidos por el trabajador en contra del empleador en ejercicio de su cargo, remuneraciones adeudadas por el trabajador a las personas que hayan estado a su servicio en calidad de trabajador).

En caso de muerte del trabajador, los fondos de la cuenta especial se pagarán a las personas y en la forma indicada en los incisos 2° y 3° del art. 60 (al cónyuge, a los hijos legítimos o naturales o a los padres legítimos o naturales del fallecido, unos a falta de los otros, en el orden indicado, bastando acreditar el estado civil respectivo y sólo tratándose de sumas no superiores a 5 UTA). El saldo, si lo hubiere, incrementará

la masa de bienes de la herencia.

- 7) El pacto de la indemnización sustitutiva puede ser retroactivo, esto es, abarcar períodos de servicios anteriores a su fecha de celebración, siempre que no afecte la indemnización legal que corresponda por los primeros 6 años de servicio.

En el caso de acordarse dicho pacto, el empleador debe depositar en la cuenta de ahorro especial, de una sola vez, un aporte no inferior al 4,11% de la última remuneración mensual de naturaleza imponible (con tope de 90 UF) por cada mes retroactivo que se haya considerado en el pacto, conjuntamente con las cotizaciones correspondientes a las remuneraciones devengadas en el primer mes de vigencia del pacto.

Otra alternativa que franquea la ley es suscribir uno o más pactos para este efecto, hasta cubrir la totalidad del período que exceda de los primeros seis años de servicio.

6.4. INDEMNIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE CASA PARTICULAR

Los trabajadores de casa particular no tienen derecho a la indemnización por años de servicio. En cambio, tendrán derecho, cualquiera que sea la causa que origine la terminación del contrato, a una indemnización a todo evento que se financiará con un aporte del empleador, equivalente al 4,11% de la remuneración mensual imponible, la que se registrará, en cuanto corresponda, por las disposiciones de los **arts. 165 y 166 CT**.

La obligación de efectuar el aporte tendrá una duración de 11 años en relación con cada trabajador, plazo que se contará desde el 1° de enero de 1991, o desde la fecha de inicio de la relación laboral, si ésta fuere posterior. El monto de la indemnización quedará determinado por los aportes correspondientes al período respectivo, más la rentabilidad que se haya obtenido en ellos.

Ciertamente esta indemnización se parece mucho a la precedentemente estudiada, ya que es también a todo evento y se financia con un aporte de cargo del empleador no inferior al 4,11% de la remuneración mensual del trabajador. Igualmente estas cotizaciones o aportes se depositan en una cuenta de ahorro especial abierta en la respectiva AFP del trabajador, o en la que se afilie para este solo efecto. La diferencia está en que no se trata de una indemnización convencional como la anterior, sino que es impuesta por la ley. Por el solo hecho de iniciarse una relación laboral de este tipo, el empleador se encuentra obligado a efectuar los aportes correspondientes. Además esta indemnización reemplaza por completo a la por años de servicio, en cambio, el pacto sustitutivo la reemplaza a partir del séptimo año.

6.5. INDEMNIZACIÓN PACTADA O CONVENCIONAL

La indemnización por años de servicio pactada propiamente tal es aquella a que se refiere el art. 163 inc. 1°, esto es, aquella que tiene por objeto suplir a la legal, sólo en cuanto establece un monto superior al de esta última, manteniendo todos los demás requisitos de procedencia que rigen para la indemnización legal.

Pero, existe también un concepto más amplio de indemnización pactada. En efecto, nada impide que las partes de la relación laboral, en virtud de la autonomía de la voluntad, pacten formas indemnizatorias que se aparten de la indemnización legal, ya sea en cuanto a sus requisitos de procedencia, sea en cuanto a su monto. Será también indemnización convencional, entonces, aquélla que no tiene por finalidad suplir a la legal y que las partes pacten expresamente, regulando su monto y requisitos de procedencia. En todo caso, ésta indemnización será incompatible con la que deba pagarse en conformidad al **art. 163 CT** (sea la convencional propiamente tal o la legal). En caso de concurrir ambas, deberá pagarse al trabajador la indemnización por la que opte (**art. 176 CT**).

Veremos enseguida que estas distinciones no son ociosas.

6.6. ASPECTOS TRIBUTARIOS DE LAS INDEMNIZACIONES POR TÉRMINO DE CONTRATO.

De acuerdo al **art. 178 CT**, *las indemnizaciones por término de funciones o de contratos de trabajo establecidas por ley, las pactadas en contratos colectivos de trabajo o en convenios colectivos que complementen, modifiquen o reemplacen estipulaciones de contratos colectivos, no constituirán renta para ningún efecto tributario.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, cuando por terminación de funciones o de contrato de trabajo, se pagaren además otras indemnizaciones a las precitadas, deberán sumarse éstas a aquéllas con el único objeto de aplicarles lo dispuesto en el N° 13 del artículo 17 de la ley sobre Impuesto a la Renta a las indemnizaciones que no estén mencionadas en el inciso primero de este artículo.

A su vez, el art. 17 N° 13 LIR, dispone, en lo que aquí interesa, que no constituye renta la indemnización por desahucio y la de retiro hasta un máximo de un mes de remuneración por cada año de servicio o fracción superior a seis meses. *Tratándose de los dependientes del sector privado, se considerará remuneración mensual el promedio de lo ganado en los últimos veinticuatro meses, excluyendo gratificaciones, participaciones, bonos y otras remuneraciones extraordinarias y reajustando previamente cada remuneración de acuerdo a la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor entre el último día del mes anterior a del devengamiento de la remuneración y el último día del mes anterior al del término del contrato.*

¿Cómo se armonizan ambas disposiciones?

De acuerdo a la normativa vigente, es posible distinguir tres tipos de indemnizaciones por término de funciones o de contratos de trabajo:

Las indemnizaciones pactadas en *contratos colectivos o en convenios colectivos de trabajo que complementen, modifiquen o reemplacen estipulaciones de contratos colectivos*, las

cuales no quedan afectas a impuesto, cualquiera sea su monto, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 178 del Código del Trabajo.

Las indemnizaciones *legales*, que tampoco quedan afectas a impuesto, por disposición del mismo artículo del Código del Trabajo. El Servicio de Impuestos Internos, en su Circular N°29 de 1991, define el concepto de “indemnizaciones establecidas por ley” como “aquellas que se pagan al trabajador en virtud de una disposición legal, **por cumplirse con los presupuestos básicos que establece la norma legal pertinente para su cancelación**”, entendiéndose incluidos dentro de este concepto la indemnización sustitutiva del aviso previo, las indemnizaciones por años de servicio, la indemnización por término de contrato especial para trabajadores de casa particular, la indemnización especial a todo evento pactada de acuerdo al artículo 164 del Código del Trabajo, la indemnización por compensación de feriado legal y la indemnización por feriado proporcional (artículo 73 del Código del Trabajo).

Todas ellas no son constitutivas de renta, sin necesidad de realizar cálculo alguno, siempre y cuando se paguen en los casos en los cuales la ley hace procedente su pago y dentro de los límites y topes impuestos por la ley para cada una de ellas.

Cabe destacar que la indemnización por años de servicio está limitada a aquella pagada dentro de los presupuestos legales, es decir, a trabajadores despedidos por necesidades de la empresa o desahucio, cuyo contrato haya estado vigente por un año o más, y cuya indemnización se calcula considerando los topes de UF 90 de remuneración y 11 años de servicio.

El resto de las indemnizaciones por años de servicio, esto es, las pactadas en *contratos individuales de trabajo, convenios colectivos que no complementen, modifiquen o reemplacen estipulaciones de contratos colectivos* y las *pagadas voluntariamente por el empleador al término del contrato*, tampoco quedan afectas a impuesto, pero sólo hasta cierto límite, establecido en el artículo 17 n°13 de la Ley de Impuesto a la Renta

Las indemnizaciones pagadas voluntariamente en exceso de los topes legales serán siempre consideradas dentro de esta categoría.

En este sentido, es posible señalar que mientras las indemnizaciones pagadas se encuadren dentro de las dos categorías señaladas en el inciso primero del art. 178 CT, no constituirán renta sin necesidad de realizar cálculos, por disposición expresa del Código del Trabajo. Sin embargo, cualquier otra indemnización que se encuentre fuera de estos dos casos, exige salirse de la normativa propiamente laboral, para remitirse a la normativa tributaria (Ley de Impuesto a la Renta) que requiere calcular un límite especial de indemnizaciones no constitutivas de renta para efectos tributarios.

En el caso que se pague una indemnización por años de servicio fuera de los presupuestos legales establecidos – si el contrato terminó por otra causal, si estuvo vigente por menos de un año, si se calcula sobre montos mayores o por sobre los topes de UF 90 de remuneración u 11 años de servicio – es necesario distinguir si esta indemnización especial está pactada y en qué instrumento se pactó.

Si fue pactada en contratos colectivos de trabajo o en convenios colectivos que complementen modifiquen o reemplacen estipulaciones de contratos colectivos, no constituirán renta para ningún efecto tributario. En este caso, no rigen los topes ni las bases de cálculo establecidos por la ley, puesto que estos aspectos se regirán por lo que señale el propio contrato o convenio colectivo y si se paga dentro de lo que señalen sus cláusulas, no constituirán renta aun cuando su monto sea superior a la indemnización legal por años de servicio y sin necesidad de realizar más cálculos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 178 del Código del Trabajo.

Cualquier otra indemnización por años de servicio que se pague fuera de estas circunstancias – si no corresponde una indemnización legal, y se paga por estar pactada en un contrato individual de trabajo, o en un convenio colectivo que no deriva de un contrato colectivo, o si no estaba pactada con anterioridad y se paga voluntariamente – no estará incluida en los casos del inciso primero del art. 178 CT, por lo que requerirá recurrir a la

normativa tributaria y realizar el cálculo señalado en el artículo 17 n°13 de la LIR para efectos de determinar la parte de ésta no constitutiva de renta. Esto también es aplicable para determinar si constituye o no renta lo que se pague en exceso de la indemnización legal por años de servicio o en exceso de lo que se haya pactado en contrato colectivo de trabajo o convenio colectivo que deriva de un contrato colectivo.

Para ello es necesario, en primer lugar, **(1)** calcular el promedio de lo ganado por el trabajador en los últimos 24 meses (o los meses efectivamente trabajados, si ha trabajado menos de 24 pero más de 6) y multiplicarlo por los años de servicio o fracción superior a seis meses⁷¹. El producto resultante constituye el límite de indemnizaciones por término de contrato que no constituirán renta para el trabajador que las recibe.

Luego, **(2)** debe sumarse la totalidad de las indemnizaciones pagadas al término del contrato de trabajo, sean legales, contractuales individuales o colectivas y voluntarias, excluyendo de dicha suma solamente las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo, y por feriado legal y/o proporcional, de acuerdo a las instrucciones del Servicio de Impuestos Internos en su Circular N°29 de 1991.

Entonces, se debe comparar el monto **(1)** con el monto **(2)**. En el caso que el monto **(2)** supere el monto **(1)**, este excedente estará afecto a Impuesto Único de Segunda Categoría, en aquella parte de las indemnizaciones que no estén mencionadas en el inciso primero del art. 178 CT.

Para la determinación del impuesto a pagar por el exceso tributable de indemnización, se deberá reliquidar como renta accesoria el monto afecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 46 de la LIR, antes citado. El número de meses en que se reliquidará requiere de una distinción:

⁷¹ En este cálculo no son aplicables los topes de 90 UF y 11 años de servicio establecidos para efectos laborales.

Si la diferencia de indemnización proviene de una indemnización de origen contractual, sea por contrato individual de trabajo o convenio colectivo que no derive de un contrato colectivo de trabajo, de acuerdo a la Circular N°29, su pago es obligatorio, y por ende se entienden devengadas durante cada periodo mensual en que el trabajador prestó servicios a la empresa. Este monto, entonces, puede reliquidarse como renta accesoria en todos los meses en que el trabajador prestó servicios a la empresa.

Si la indemnización es voluntaria, sin que se encuentre previamente pactada, las diferencias de indemnizaciones se entenderán devengadas en los últimos doce meses, debiéndose reliquidar en ese periodo para efectos de cálculo del impuesto que les afecte.

Cabe señalar que si se paga una indemnización a un trabajador que tiene menos de seis meses de servicio, ésta se encontrará íntegramente afecta a impuestos, pudiendo ser reliquidada en los meses que corresponda.

En términos prácticos, el Servicio de Impuestos Internos no ha requerido hasta ahora, en estos casos, abrir los años tributarios anteriores para efectos de corregir el impuesto a pagar. Si bien ello lo ha exigido al tratarse de bonos devengados en periodos superiores a un mes, en el caso de indemnizaciones por término de contrato ha considerado suficiente efectuar el cálculo de la reliquidación internamente en la empresa, sin exigir abrir formalmente los periodos tributarios anteriores.

Cabe mencionar, no obstante, que al menos en una ocasión el Servicio de Impuestos Internos se pronunció formalmente acerca de la situación específica de indemnizaciones “voluntarias” que abarca más de un periodo tributario, pagada a una persona que, además, percibe otros ingresos afectos al Impuesto Global Complementario. Al respecto, señaló que la parte de la indemnización que excede el monto considerado ‘no renta’ por el artículo 17 n°13 de la Ley de la Renta, debe ser reliquidada, de acuerdo al inciso final del artículo 46 de la misma ley. Señala expresamente que para ello “deberá procederse a rectificar la declaración correspondiente a dicho periodo”, pero que “la diferencia de impuesto resultante de dicha declaración rectificatoria, atendido el hecho que se origina en una norma

legal que establece un procedimiento para declarar las rentas pagadas con retraso, no puede ser causal para la aplicación de sanciones, toda vez que ella está motivada por razones no imputables al contribuyente⁷².

Desde el punto de vista de la empresa empleadora, el Servicio de Impuestos Internos ha señalado reiteradamente que los beneficios que una empresa otorga a sus trabajadores, serán considerados como gastos necesarios para producir la renta, en dos situaciones⁷³:

- a) Cuando han sido pactados en un contrato de trabajo, por tener el carácter de obligatorio para la empresa que los paga, o bien,
- b) Cuando son pagados en forma voluntaria, siempre y cuando lleven implícito el principio de universalidad, esto es, que tales beneficios sean pagados por la empresa a todos sus trabajadores bajo normas de carácter general y uniforme.

Si los beneficios no reúnen ninguna de las dos condiciones indicadas, podrían constituir un gasto rechazado para la empresa que los paga, sin perjuicio de la aplicación de los impuestos que procedan respecto del beneficiario de dichas rentas.

Tratándose de indemnizaciones por término de contrato, el artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta señala que pueden deducirse de la renta líquida los gastos necesarios para producirla, pagados o adeudados durante el ejercicio comercial correspondiente, siempre que se acrediten o justifiquen de manera fehaciente ante el Servicio de Impuestos Internos.

En general, el Servicio de Impuestos Internos ha entendido que las indemnizaciones por años de servicio son necesarias para producir la renta, siempre que su pago se realice en virtud de una obligación “indefectible” para el empleador⁷⁴.

⁷² Servicio de Impuestos Internos, Oficio N°582 de 16.02.1990.

⁷³ Ver, por ejemplo, Oficio N°1594, del 11 de abril de 2001.

⁷⁴ Ver, por ejemplo, Oficio N°3460 de 21.12.1998 del Servicio de Impuestos Internos, citando las Circulares N°18 y 52 de 1977, del mismo Servicio.

Por esta razón, en el caso de indemnizaciones convencionales, estaría respaldado el gasto si la obligación que asume el empleador consta por escrito con anterioridad al pago, ya sea en un contrato colectivo, acta de avenimiento o un contrato individual de trabajo.

Con todo, se debe tener presente que aunque exista obligación de pago, el Servicio de Impuestos Internos podría eventualmente rechazar como gasto el pago de una indemnización por años de servicio, si su monto no es razonable en comparación con las indemnizaciones que habitualmente se pagan en el mercado para cargos de similares características.

Respecto al carácter de gasto de las indemnizaciones por años de servicio adeudadas, pero aún no pagadas, el Servicio de Impuestos Internos ha señalado que debe tratarse de indemnizaciones pactadas a todo evento. Es decir, de aquellas que la empresa está obligada a pagar y que solamente se encuentran condicionadas en su exigibilidad al término del contrato de trabajo, sea por motivos imputables al empleador o al trabajador. Como se ha señalado, para que tenga el carácter de obligatorio, debe establecerse en un contrato colectivo, acta de avenimiento o contrato individual de trabajo.

En este sentido, el concepto de indemnización “a todo evento” no es absoluto, ya que según el Servicio de Impuestos Internos, se considera que mantiene tal carácter aquella indemnización que estando pactada a todo evento, puede perderse el derecho por parte del trabajador si incurre en alguna causal de caducidad del contrato de trabajo, por ejemplo, falta de probidad.

En estos casos la empresa podrá rebajar como gasto las indemnizaciones a todo evento en la medida que se vayan devengando según el respectivo pacto contractual.

Al respecto, cabe recomendar que, tratándose de una indemnización o beneficio contractual, la denominación de la partida contable respectiva debe hacer alusión al mismo

carácter contractual y no señalar que es un beneficio voluntario, ya que esto puede originar confusiones y controversias tributarias.

6.7. POSIBILIDAD DE ADELANTAR EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO.

6.7.1.- NOCIÓN:

Por anticipo de la indemnización por años de servicio se entiende el pago parcial de ésta, que se realiza durante la vigencia de la relación laboral.

6.7.2.- PROCEDENCIA

Diversos regímenes jurídicos establecidos entre 1981 y 1989, posibilitaron el acuerdo o el pago directo sobre anticipos de la indemnización por término de contrato. Estos acuerdos y pagos realizados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.010 (1 de diciembre de 1990) *“se regirán por las normas bajo cuyo imperio se convinieron o pagaron”*, conforme lo ordena el art. 10 transitorio CT.

En efecto, el art. 160 CT disponía expresamente que podía pagarse al trabajador, de común acuerdo con éste, en forma anticipada la indemnización por años de servicio, fuera ésta convencional o legal; pago que no podía exceder en cada año de un monto equivalente a quince días de la remuneración mensual devengada en la época del pago y que debía hacerse de una sola vez en la respectiva anualidad. Por su parte, el artículo 5° transitorio de la Ley 18.620, en sus letras b) y c), contenía normas especiales para el pago anticipado de la referida indemnización, con respecto a los trabajadores contratados con anterioridad al 14 de agosto de 1981.

Las referidas disposiciones fueron derogadas expresamente por el artículo 21 de la Ley 19.010, con vigencia desde el 1° de diciembre de 1990.

En relación con la posibilidad de pactar y pagar anticipos de indemnización por años de servicio con posterioridad al 1 de diciembre de 1990, la DT sostuvo, en reiterados pronunciamientos, que, a contar de esa fecha, sólo procede convenir anticipos de indemnización por años de servicio por causas distintas del desahucio y de las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio. De modo que, en adelante, estaría vedado el pago anticipado de la indemnización por años de servicio legal. En efecto, según la DT: “la falta de reglamentación actual de los pagos anticipados por la indemnización por años de servicio que corresponde por las causales desahucio y necesidades de la empresa [...] importa eliminar las normas que contemplaba el artículo 160 del mismo Código sobre la materia y no puede ser interpretado sino como una manifestación de voluntad del legislador en orden a no autorizar tales pagos anticipados, permitiendo solamente, a través de la norma transitoria citada, dar cabal cumplimiento a lo pactado bajo la ley antigua, sin innovar en lo que respecta a los anticipos pagados o pactados por concepto de indemnizaciones que no tenían su origen en el desahucio” (ORD. N° 3878/158, de 16 de julio de 1992).

No obstante, la DT, consideró que a las indemnizaciones convencionales por otras causales, tales como mutuo acuerdo, jubilación, caso fortuito, etc. no les era aplicable el citado artículo transitorio de la Ley N°19.010 y que podía, por ende, con posterioridad a esta ley, anticiparse en la forma libremente convenida por las partes.

Por consiguiente, no existe inconveniente en pagar anticipadamente la indemnización por años de servicio que las partes hubieren pactado por causales distintas al desahucio y necesidades de la empresa, establecimiento o servicio.

En relación con la indemnización por años de servicios de carácter legal, según nuestra interpretación, el hecho que la Ley 19.010 no haya establecido una norma similar a la que establecía el artículo 160 CT de la época y que fue derogada por aquella ley, no implica,

necesariamente, que a las partes de la relación laboral les esté impedido pactar el pago anticipado de la indemnización legal. Lo anterior, habida cuenta que, amén de norma prohibitiva especial –que en este caso no la hay- la libertad contractual en materia laboral está limitada por la prohibición general de renunciar los derechos laborales mientras subsista el contrato de trabajo, contenida en el inciso segundo del art. 5.º CT. Sin embargo, dicha prohibición no es aplicable en la especie, toda vez que no se trata de renunciar, sino de adelantar la percepción del beneficio legal. La derogación de las reglas legales sobre anticipo de indemnización por años de servicio debería entenderse en el sentido de que los efectos de los pactos sobre pago anticipado de la referida indemnización no van a quedar ya regulados por el artículo citado, sino por los acuerdos respectivos.

6.7.3.- TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LOS ANTICIPOS.

A partir de la Circular N°50, de 21.04.1976, el Servicio de Impuestos Internos ha considerado que el anticipo de indemnizaciones por años de servicio no está afecto a impuesto, teniendo como límite el monto de indemnización que no estaría afecto a impuesto si el contrato hubiese terminado al momento de efectuarse el anticipo.

Señala la citada Circular que, “En todo caso, para que opere la calificación de ‘no renta’ del artículo 17º de la ley del ramo, respecto del pago anticipado de la indemnización por años de servicios sin pérdida del empleo, debe estar clara y previamente estipulada tal condición en los convenios o actas que firmen las partes contratantes”. El Oficio N°4298, de 19.07.1976, agrega que “La cantidad que exceda de la referida indemnización a que tenga derecho el trabajador constituirá una mayor remuneración para éste y, por lo tanto, queda sujeta al Impuesto Único de Segunda Categoría”.

Posteriormente, el Oficio N°2351, de 19.07.1991, señaló que “En aquellos casos en que del convenio celebrado entre una empresa y sus trabajadores ... se desprende claramente que la intención de las partes contratantes al consignar el pago anticipado de la indemnización por años de servicio, sin la pérdida del empleo, fue establecer una modalidad de pago diferente

que beneficia a los trabajadores, sin que exista un cambio en la naturaleza jurídica del beneficio, el cual debe seguir teniendo como fundamento el retiro del trabajador, es procedente aceptar que los referidos pagos corresponden a una indemnización por años de servicio”.

Luego, el citado oficio reitera la necesidad de que “tal circunstancia esté clara y previamente estipulada en los respectivos convenios o actas que firmen o celebren las partes contratantes”. Finalmente, señala que la doctrina de la Dirección del Trabajo sobre la materia (en Dictámenes N°2537 de 07.05.1985 y N°3701 de 23.05.1991), ha concluido que el pago anticipado de las indemnizaciones por años de servicio por causa de anticipos no modifican la naturaleza jurídica de la indemnización de que se trata. Esta doctrina no habría sido alterada por las modificaciones legales posteriores en materia de terminación de contrato y de indemnización por años de servicio, las cuales deben entenderse circunscritas exclusivamente a los pagos anticipados de la indemnización legal por años de servicio.

En síntesis, los anticipos deben tratarse al momento del pago de los mismos, como si se tratara de un pago efectuado al término del contrato y, por tanto, en ese instante deberá determinarse su situación tributaria aplicándose las reglas que se explican a continuación.

6.8. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INDEMNIZACIONES POR TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO⁷⁵.

6.8.1. LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DEL AVISO PREVIO.

Cabe preguntarse si la indemnización sustitutiva es propiamente una indemnización, esto es, si repara algún daño que experimentaría el trabajador por el despido súbito. En el derecho comparado, algunos autores así lo creen, entre ellos BOGLIANO. Según el autor argentino

⁷⁵ Esta parte del apunte está tomada, con algunos cambios introducidos por mí, de la memoria de prueba de las srtas. Adriana PALAVECINO y Gabriela SALGADO: *El daño moral por despido*, básicamente del capítulo II de dicha memoria. Para lo cual he contado con la autorización expresa de ambas autoras.

la indemnización sustitutiva del preaviso tiende a proteger el daño futuro que irroga a las partes, en homenaje al grado de tranquilidad que requieren para el desarrollo normal de sus funciones y en esto, mucho más necesario para el trabajador que su principal, puesto que, lo que para uno es esperanza de su vida, para el otro constituye simplemente, cambio de trabajador en su empresa (...) Se trata entonces de la reparación de un daño en cuanto al futuro, como solución de una incertidumbre y es por tal que, dentro de las dos figuras que lo tipifican –“damnus emergens” y “lucrum cessans”- concretamente, la indemnización sustitutiva del preaviso, se refiere a la reparación del “lucrum cessans”⁷⁶.

RUSSOMANO sustenta la misma tesis, pero la fundamenta con mayor rigor jurídico, señalando que si, por la fuerza de la ley, alguien está obligado respecto de otro a conceder aviso, la prestación debida importa la obligación de hacer. El incumplimiento de la obligación de preaviso se resuelve por el resarcimiento de los perjuicios causados por el despido brusco, mediante la indemnización correspondiente –una cantidad de dinero-, que en el caso específico, se trata de la llamada *indemnización por falta de preaviso*⁷⁷.

La indemnización por falta de preaviso es en realidad una indemnización en sentido propio y real, por cuanto no se trata de una contraprestación relativa a una prestación de trabajo, sino de un resarcimiento correspondiente al *lucro cesante* previsto y previsible en el momento de la rescisión del contrato de trabajo, por el período ulterior durante el cual el contrato hubiera seguido en vigor, de haber seguido el preaviso su curso regular⁷⁸.

Con todo, y centrando el análisis en el derecho positivo chileno, resulta discutible el que la indemnización sustitutiva del preaviso tenga una naturaleza resarcitoria. Los artículos del

⁷⁶ *op. cit.* p. 151 y 152.

⁷⁷ *El preaviso en el derecho del trabajo*, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1965, p. 60 y 61.

⁷⁸ RIVA SANSEVERINO, citado por RUSSOMANO: *op. cit.* p. 70.

Código del Trabajo que se refieren a la indemnización sustitutiva parecen concebirla, más bien, como una obligación alternativa o disyuntiva al preaviso, donde la elección corresponde al deudor, vale decir, al empleador.

El art. 1499 CC define las obligaciones alternativas como aquellas por las cuales se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras. «De ahí su nombre, pues hay una elección del objeto de la obligación, o una cosa o la otra. Hay varias prestaciones debidas, pero al deudor le basta el cumplimiento de una de ellas para extinguir la obligación»⁷⁹.

El CT ofrece al empleador la posibilidad de elección entre dos obligaciones: una de hacer, que consiste en avisar por escrito al trabajador, con treinta días de anticipación a lo menos, la decisión de poner término al contrato; y otra de dar, al momento de la terminación, una suma de dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. La alternatividad queda de manifiesto con la frase: «*Sin embargo no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pagare...*» que emplea el **art. 161 inc. 2°** CT y que repite el **art. 162 inc. 4°** CT. Por tanto, al empleador que paga dicha suma, la propia ley lo exonera de la obligación de preaviso.

Por consiguiente, no existe una obligación de hacer quebrantada, que se resuelve en la de indemnizar los perjuicios; sino una opción legítima que la ley señala al empleador, cuyo ejercicio no puede generar responsabilidad de índole contractual, toda vez que cualquiera sea la elección, se estará cumpliendo con *lo debido*.

Como vimos, esta “indemnización” la debe pagar también el empleador condenado por la aplicación improcedente, injustificada o indebida de una causal legal de terminación del contrato de trabajo. Esto no afecta la validez de la tesis, pues **art. 168 inc. 3.º** CT entiende que, en tal caso, «*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*». Por tanto, si la ley

⁷⁹ René ABELIUK MANASEVICH: *Las obligaciones*, 3.ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, tomo I, p. 316.

entiende que el contrato terminó por necesidades de la empresa o desahucio, pero en la realidad lo que ocurrió fue que el empleador invocó una de las causales que lo eximen de indemnizar, la cual no consiguió probar, le resulta imposible ya ejercer la opción entre preaviso e indemnización al tiempo de la sentencia condenatoria, máxime si la ley estima que el contrato terminó en la fecha que se invocó la causal. Tornándose imposible la ejecución de una de las obligaciones alternativas, una sola resta y a ella es precisamente obligado el deudor (vid. arts. 1503 y 1504 CC).

6.8.2. LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIOS

Sobre la base de la normativa estudiada precedentemente, la indemnización por años de servicio puede conceptualizarse, como aquella prestación pecuniaria, cuyo monto equivale a treinta días de remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses prestados continuamente a un mismo empleador, con un límite de trescientos treinta días, o la suma superior que hubieren pactado las partes, que obligatoriamente debe pagar el empleador al momento de poner término a la relación laboral, al trabajador cuyo contrato de trabajo hubiere estado vigente un año o más, en el evento que injustificadamente ponga término al contrato, invoque para tales efectos la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o el desahucio si procediere, o en el caso que fuere el propio trabajador quien pusiere término al vínculo por haber incurrido el empleador en las causales que señala la ley.

Esta definición deja fuera ciertas prestaciones pecuniarias, que se pagan también con ocasión de la conclusión de la relación de trabajo, que no constituyen estrictamente – atendiendo a su base o medida de cálculo- indemnización *por años de servicio*, pero que la sustituyen o reemplazan, por lo que comparten una misma finalidad y es posible, por consiguiente, asimilarlas a aquélla. Tal es el caso de la indemnización que contempla el **art. 163 inciso cuarto** CT, con motivo del término del contrato de las trabajadoras de casa particular y del pacto de indemnización sustitutiva regulado por el **art. 164** CT. En ambos casos se trata de una prestación «a todo evento», esto es, cualquiera que sea la causa que origine la terminación del contrato, que se financia con un aporte del empleador equivalente al 4,11% de la remuneración mensual imponible. El monto de estas indemnizaciones

depende, en consecuencia, de los aportes acumulados desde el inicio de la relación de trabajo o desde la fecha de suscripción del pacto, en su caso.

Por otro lado, la noción de indemnización por años de servicio antes enunciada es puramente descriptiva de los preceptos legales vigentes y no penetra en la esencia de la institución. La hemos elaborado conscientemente de ese modo, para que nos sirva como referente en la tarea que emprenderemos enseguida, que es precisamente la de desentrañar su naturaleza jurídica. En el derecho comparado, los autores son pródigos en teorías que intentan explicarla, por lo que la solución del problema no resulta nada fácil. De ahí la necesidad de contar con una visión clara de la configuración de la institución en el derecho chileno, pues éste es el basamento en que ha de afirmarse toda construcción dogmática.

Examinemos, entonces, las distintas explicaciones que la doctrina viene elaborando sobre la indemnización por años de servicio:

6.8.2.1. Complemento de la indemnización por preaviso.

Un sector de la doctrina comparada considera que, ante la injusta e imprevista cesación del contrato de trabajo, surge para el trabajador el derecho a obtener una indemnización, que remedie en alguna medida la situación de desamparo en que lo deja, proveyendo de esta manera a su subsistencia hasta que halle un nuevo empleo. Se concibe este resarcimiento «como un apéndice de la obligación del preaviso; como un plazo suplementario del preaviso. Durante el cual el empleado despedido guarda el derecho al sueldo sin tener el deber de prestar el servicio»⁸⁰.

Esta es la tesis de MARIO DEVEALI. Comienza recordando este autor que las primeras leyes de protección contra el despido se limitaron a consagrar la obligación de preaviso,

⁸⁰ Mario DEVEALI: *Lineamientos de derecho del trabajo*, tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1948, p. 241.

reconociendo en materia laboral un principio sancionado por la costumbre y que había ya adquirido formulación positiva respecto del arrendamiento de cosas. Siendo ordinariamente más fácil para el empleador encontrar un nuevo empleado, que para el trabajador, un nuevo puesto de trabajo tales leyes dispusieron dos distintos plazos de preaviso, según que la iniciativa del despido partiera del empleado o del empleador, fijándolo en mayor medida (comúnmente el doble) en este segundo caso»⁸¹. Sin embargo, las empresas preferían corrientemente prescindir desde luego del trabajador, abonándole a éste la indemnización correspondiente a la porción del preaviso no transcurrida en servicio.

Frente a la necesidad de la empresa de deshacerse a la brevedad del trabajador despedido, y la de éste, que ha de subsistir durante el lapso –más o menos largo- que debe pasar antes de que vuelva a colocarse, «se ha recurrido al sistema de reducir los plazos de preaviso, fijándolos en una misma medida tanto en el caso de despido como en el de renuncia; pero, en lugar del mayor plazo, se ha reconocido al empleado despedido el derecho a una indemnización más o menos equivalente»⁸².

Según DEVEALI, la fijación, sin más, de un plazo de preaviso igual para el despido y la renuncia, resultaría sobremanera inicua para el dependiente. «La indemnización de despido constituye, pues, el contrapeso necesario para establecer aquel equilibrio de posiciones en que consiste la aspiración de todo ordenamiento jurídico»⁸³.

El autor precitado justifica la forma de cálculo de esta indemnización del modo siguiente:

Así como se admite la oportunidad de proporcionar la duración del plazo de preaviso a la antigüedad de servicio (considerando que, para el empleador, es más fácil substituir un empleado que presta servicio desde poco tiempo atrás, que un antiguo empleado ya práctico en la empresa; así como para el empleado

⁸¹ *Op. cit.* p. 237.

⁸² DEVEALI: *op. cit.* p. 238.

⁸³ *op cit.* p. 239 y 240.

de la primera condición es más fácil que para el segundo, encontrar una nueva ocupación más o menos correspondiente a la que ha dejado por efecto del despido), por la misma razón se explica porqué la indemnización de despido es debida en medida proporcional a la antigüedad del servicio⁸⁴.

Criticando esta teoría, RUSSOMANO opina que la circunstancia puramente cronológica de que el preaviso antecedió a la indemnización por despido injusto es insuficiente para que una figura quede subordinada a la otra⁸⁵.

Agrega que el preaviso «se adoptó como barrera a la libre e inmotivada rescisión contractual, motivo por el cual, hasta ahora se halla vinculado al despido injusto. Luego se comprendió, sin embargo, que resultaba protección insuficiente contra el *despido injusto*, y que en realidad no era ése su destino, por cuanto tendía solamente a impedir el *despido brusco*. Al no cubrir, por lo tanto, el daño resultante del despido injusto –dejándolo por el contrario, al descubierto- el preaviso llamó la atención del legislador, y de ahí nació la idea de instituir una indemnización contra este acto injustificado de la relación laboral»⁸⁶.

Observa el autor brasileño que la indemnización por despido injusto es jurídica y económicamente mayor que la indemnización por falta de preaviso y que si bien pueden devengarse conjuntamente, «también pueden aplicarse por separado, ya sea solamente por intermedio del pago del preaviso, ya tratándose de indemnizaciones por despido, o bien, al revés, mediante el pago de indemnizaciones por despido, sin que haya derecho a preaviso»⁸⁷.

La crítica de RUSSOMANO a DEVEALI es superficial, y en definitiva llega al mismo punto que éste, a saber, que ambos institutos comparten una misma naturaleza: la

⁸⁴ *op. cit.* p. 240 y 241.

⁸⁵ *op. cit.* p. 64.

⁸⁶ *op. cit.* p. 65.

⁸⁷ *idem.*

reparación de los perjuicios causados. Como dice CABANELLAS, «dando a una y otra indemnización igual carácter y naturaleza, carecería una de ellas de utilidad por común objeto o finalidad»⁸⁸.

6.8.2.2. Premio a la antigüedad

Esta tesis tiene como premisa la existencia de un vínculo causal entre la actividad desplegada por el trabajador en el tiempo y la indemnización por ruptura de la relación trabajo. Se da preponderancia al hecho que el monto de la indemnización se fija en función de la antigüedad del empleado. De forma tal que su fundamento se halla precisamente en la antigüedad del trabajador. Pero tal discurrir es una mera tautología que nada explica. Como observa CABANELLAS, «aquí aparece la redundancia de lo definido en la definición, la de justificar la institución por su exclusivo nombre».⁸⁹

THAYER y NOVOA observan que en nuestro derecho positivo de fuente legal esta prestación se hace exigible a partir de un año de vigencia del contrato de trabajo y “no se divisa cómo en tal caso podría sostenerse que se trata de un premio a la antigüedad, a la vez que la expresión misma “premio” no parece la más atinada para conceptuar un derecho laboral”⁹⁰

Para algunos se trata más bien de un derecho adquirido año tras año, por la permanencia del trabajador en la empresa. RAFAEL CALDERA advierte que

de ser así, el monto de la indemnización se calcularía basado en los salarios que el trabajador fuera devengando a través de los años de la relación laboral, en

⁸⁸ Guillermo CABANELLAS: *Contrato de trabajo*, bibliográfica omeba editores librerías, buenos aires, 1964, parte general, volumen iii, p. 576.

⁸⁹ *op. cit.* p. 576.

⁹⁰ William THAYER y Patricio NOVOA: *Manual de Derecho del Trabajo*, Tomo III, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 127.

tanto que la ley ordena calcularlo sobre la base del último salario, es decir, del devengado en el momento de la terminación de la relación de trabajo, que suele exceder considerablemente al promedio cuando la relación ha durado mucho tiempo. Por otra parte, si se discute la conveniencia o no, de acordar la indemnización en caso de retiro voluntario, generalmente se niega en caso de despido justificado, lo que desvirtúa la idea de un derecho adquirido.⁹¹

En nuestra opinión no puede hablarse de un derecho adquirido, sino más bien sujeto a una condición suspensiva. En nuestro derecho, esta condición suspensiva consiste en que el empleador ponga término al contrato arbitrariamente o por necesidades de la empresa o por desahucio, según el caso. Recién verificado cualquiera de estos hechos, nace en el patrimonio del trabajador el derecho a esta indemnización. Mientras no se cumpla la condición el trabajador no tiene derecho alguno a la prestación que nos ocupa.

6.8.2.3. Premio a la fidelidad.

Esta noción es tributaria de la precedente y prácticamente se identifica con ella. Se considera la indemnización por despido como un premio a la fidelidad del trabajador hacia la empresa, manifestada en su ininterrumpida permanencia en ella; recompensa que ésta debe conceder como consecuencia de esa colaboración, laboriosidad o lealtad.

Esta explicación evidentemente tiene en cuenta la naturaleza del aguinaldo que algunas veces las empresas más importantes concedían espontáneamente a sus antiguos colaboradores, así como los particulares a sus ancianos domésticos o factores en el momento en que dejaban el trabajo después de haber transcurrido casi toda su vida bajo su dependencia⁹².

⁹¹ *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, librería “el ateneo” editorial, 1960, tomo I, p. 396.

⁹² Mario DEVEALI: *Lineamientos de derecho del trabajo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1948, p. 233.

El hecho que el trabajador pierda el derecho a la indemnización cuando incurre en mala conducta que justifique su despido, parece abonar el carácter “premio” que la tesis en comento atribuye a aquella prestación. Sin embargo, la renuncia excluye también la indemnización, aunque –como dice BARASSI- el concederla en tal caso no contradiría el reconocimiento de la fidelidad a la empresa⁹³.

6.8.2.4. *Doctrina del riesgo profesional.*

El trabajador, según se estima, por razón de su prestación de servicios adquiere un derecho al empleo. Se trata, a juicio de UNSAIN, de un preventivo del paro forzoso, porque le pone un freno al deseo económico del empresario de desprenderse del personal; pero este autor lleva su tesis a hermanar esta indemnización con la debida por accidentes del trabajo. Estima que, entre la acción para el cobro de indemnización por antigüedad y la acción especial de la ley de accidentes del trabajo hay una similitud evidente; ya que una y otra no reparan íntegra, sino parcialmente, un perjuicio, “porque, en uno y otro caso, la ley crea una responsabilidad para el patrón, pero ajena a toda idea de culpa del patrón. No hay culpa del patrón, en efecto, cuando el obrero, por propia imprudencia, se accidenta; pero el patrón paga. Tampoco la hay cuando el empleado se enferma, enfermedad no contraída en el trabajo ni por el trabajo, y el patrón sigue pagando el sueldo por servicios no prestados. Menos culpa tiene aún el patrón cuando el empleado fallece por muerte natural, y debe indemnizar a su familia. Para justificar las indemnizaciones por accidente del trabajo prescindiendo de la culpa patronal, se ha llegado, tras una larga evolución, a la creación de la doctrina, incorporada hoy a todas las legislaciones positivas, del riesgo profesional. La ley que estudiamos crea también una especie de riesgo comercial. Pone, a cargo del comerciante, la reparación

⁹³ cf. Ludovico BARASI: *Tratado de derecho del trabajo*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953, tomo III, p. 391.

económica de los perjuicios que puedan sufrir acaso en razón de que el comercio no puede funcionar sin empleados, exactamente como las fábricas no pueden marchar sin máquinas, cuyos desgastes corren por cuenta del industrial”⁹⁴.

CABANELLAS critica esta doctrina señalando que

en la indemnización por despido o por antigüedad, es necesario un hecho imputable al empresario, que consiste en su decisión de romper, sin causa justificada, la relación laboral entre las partes; no hay, en realidad, la cobertura de un riesgo profesional, sino simplemente una situación por la cual el que quiere un hecho, debe responder de sus consecuencias; y el patrono quiere el hecho del despido, y debe responder con la indemnización pertinente⁹⁵.

La crítica de CABANELLAS no se puede extrapolar a nuestro ordenamiento jurídico. Como se sabe, la ley chilena conecta el pago de la indemnización al despido injustificado, indebido o improcedente, pero también a las formas de terminación justas: necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y desahucio.

6.8.2.5. Sanción o pena.

Un sector de la doctrina estima que la indemnización sanciona un acto abusivo o reprochable del empleador: el rompimiento del contrato sin causa, esto es, por su mera voluntad o arbitrio.

Esta doctrina es errónea ya que, *per definitionem*, una sanción, pena o castigo, supone como antecedente un acto o hecho ilícito y, cuando menos dentro de nuestro ordenamiento

⁹⁴ Citado por Guillermo CABANELLAS: *op. cit.*, p. 577.

⁹⁵ *Idem.*

jurídico, el despido incausado no es siempre un acto antijurídico. En efecto, el empleador puede poner término a la relación de trabajo por la causal necesidades de la empresa o, respecto de ciertos trabajadores, por simple desahucio; esta es una facultad que le otorga el **art. 161** CT, y por consiguiente, al ejercerla, obra dentro del campo de lo lícito. Y sin embargo, debe igualmente pagar la indemnización por años de servicio, la cual queda, desde la perspectiva de la teoría en estudio, sin fundamento ni explicación.

Tanto más dificultoso se torna concebir como sanción la indemnización por años de servicio si se tiene en cuenta lo señalado en el **inciso tercero del art. 168**, a saber, 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...*», esto es, necesidades de la empresa y desahucio, que, como se dijo, son formas lícitas de concluir la relación laboral.

6.8.2.6. Preventiva ante la desocupación.

Ha sostenido UNSAIN otra tesis relativa a la naturaleza de la indemnización por despido; afirma que ésta conforme a la Ley 11.729, “aparece vinculada, desde luego, al concepto de desocupación. Es imperativo del paro forzoso; porque pone un freno económico al deseo del empleador de desprenderse del personal. Remedia, al menos en parte, y durante un tiempo, la situación del empleado despedido, permitiéndole hacer frente a las necesidades de la vida; por lo que también tiene algún parecido –y naturalmente, posee diferencias- con una de las prestaciones del seguro de desocupación⁹⁶.

RAMIREZ GRONDA coincide con la tesis de UNSAIN, al afirmar que “la idea de que la indemnización por cesantía constituye una especie de seguro contra la desocupación, parece ser la más acertada; aunque, por lo que nos parece, por sí sola no explica todas las proyecciones del instituto; si, por ejemplo, el

⁹⁶ Citado por CABANELLAS: *op. cit.* p. 578.

trabajador encontrara nueva ocupación de inmediato, habría desaparecido su objetivo”; por eso considera adecuada la posición de UNSAIN, por “cuanto admite que, al lado de una previsión contra el paro, debe verse también una medida preventiva contra la desocupación, en razón de aquella influencia que debe ejercer sobre el ánimo del empleador que se dispone a cambiar o reducir el personal por cualquier motivo, incluido el puramente arbitrario⁹⁷.

La tesis de que la indemnización por despido constituye un seguro contra la desocupación ha sido acogida por una resolución del Ministerio del Trabajo de España, del 24 de julio de 1933; se señala que la condena por despido tiene por finalidad reparar el perjuicio ocasionado al despedido, y cuando dicho perjuicio se contrae a cuatro días de salario, por haberse colocado de nuevo el despedido, a ello únicamente debe concretarse la condena; por tanto, en esa resolución se señala que la indemnización por despido no corresponde cuando el trabajador despedido se coloca inmediatamente sin interrupción, y sólo procede por los días sin colocación, siempre que no exceda dicho número del total establecido en la condena. Esta tesis también la acepta RIVA SANSEVERINO, que considera la indemnización por despido como un instrumento de previsión puesto por la ley a cargo de patrono⁹⁸.

Se estima de tal manera que la indemnización por antigüedad tiene cierto alcance políticosocial, por destinada a eliminar o atemperar las consecuencias del paro forzoso del trabajador hasta obtener nueva ocupación. Asegura así a éste contra ese riesgo laboral; y de tal manera el interés de la previsión supera a cualquier otro, pues trata de remediar una angustia y de proveer transitoriamente a la subsistencia del trabajador cuando éste, por ruptura del contrato, debe buscar otro trabajo o empleo distinto⁹⁹.

⁹⁷ CABANELLAS: *op. cit.* p. 579.

⁹⁸ *idem.*

⁹⁹ *idem.*

6.8.2.7. *Asistencia y previsión social.*

A la teoría de la asistencia y previsión se pliega DE LITALIA; considera que “la indemnización por antigüedad no puede tener la naturaleza de resarcimiento del daño como la indemnización por falta de preaviso, que supone el incumplimiento del dador de trabajo ante la obligación del preaviso. Salvo excepciones rarísimas, consideradas en la ley (como en materia de automóviles), puede haber derecho a los daños sólo cuando hay culpa... Por tanto, la misma participa de la naturaleza de acto de previsión; bien que a la previsión provean normas especiales y distintas, como las relativas a la desocupación involuntaria, invalidez y vejez. La indemnización, aun teniendo naturaleza de previsión, lo que falta en el caso de renuncia del trabajador, constituye también parte de la compensación , cuyo pago está sometido a condición suspensiva¹⁰⁰.

Esta teoría, por la cual se considera que la indemnización por despido posee fines de previsión, responde a similar preocupación que aquella otra que delinea su naturaleza como un seguro contra la desocupación, y también como un sistema de seguridad social destinado a garantizar al trabajador su estabilidad en el empleo¹⁰¹.

6.8.2.8. *Salario diferido.*

¹⁰⁰ CABANELLAS: op. cit. p. 579 y 580.

¹⁰¹ *idem.*

Según esta doctrina, la indemnización por años de servicio correspondería a una parte adicional del sueldo, que es descontada, año tras año, durante el curso de la relación de trabajo, para ser pagada después, en el momento de su extinción.

A la teoría de la compensación y del salario diferido se plegó ORLANDO en el “Informe sobre el artículo 4° del Decreto 112, de febrero de 1919”, al expresar: “Más graves son las objeciones que se apuntan contra el artículo 4°. Se dice que aquí la hipótesis de las indemnizaciones no descansa ya en el fundamento de la resolución intempestiva del contrato, según las obligaciones comunes a las partes contratantes, por lo que queda a salvo el principio de la igualdad entre las partes; se trata, por el contrario, de un derecho a una compensación, sancionada exclusivamente a favor del empleado, que se traduce en una carga que gravita exclusivamente sobre el establecimiento, sin que tenga correspondencia alguna por la otra parte. Si no puede desconocerse el elemento de verdad contenido en la hipótesis de la que parte tal objeción, no es, en realidad, perfectamente exacto decir que la compensación falte; la misma consiste siempre en la obra prestada por el empleado que tiene derecho a la compensación. Desde luego, cuando se trata de empleados muy antiguos, de esta compensación *ope legis*, una cuota se reserva a favor de aquéllos y, acumulada en forma de indemnización, se debe en caso de despido¹⁰².

A la teoría del salario diferido y al daño infligido a la antigüedad laboral parece adherirse GALLART FOLCH, el cual ataca al mismo tiempo la teoría del abuso del derecho, por considerarla precaria y totalmente inadecuada: “pues no existe, en el patrono que despide por causa no imputable a su voluntad ni a la del obrero, ni infracción de ley, ni abuso de una posición jurídica superior; sino, simplemente, el legítimo derecho de rescisión puesto en acto por unas circunstancias de las que el patrono es la primera víctima. El derecho de cobro, por parte del obrero, en tales casos no puede tener otro fundamento doctrinal

¹⁰² CABANELLAS: op. cit. p. 580.

que el reconocimiento de un derecho de carácter económico, nacido de su permanencia en una misma empresa, colaborando en su actividad productora¹⁰³.

Contra esta teoría es válida la crítica de POZZO:

Si se tratare de un salario diferido que forma parte de la remuneración por haber sido descontado durante el curso de la relación de trabajo tendría derecho a su remuneración, tanto el empleado despedido como el renunciante, para quien, dentro del ordenamiento jurídico, no existe tal facultad¹⁰⁴.

Por las mismas razones, la doctrina del salario diferido no explica la indemnización por años de servicio dentro de nuestro derecho. No obstante, la indemnización a todo evento de los trabajadores de casa particular y la indemnización sustitutiva del **art. 164** CT tienen cierto fundamento en dicha teoría.

6.8.2.9. Restitución de la riqueza aportada

Esta teoría supone la existencia de un derecho del empleado a participar del mayor valor de la empresa, generado como consecuencia de su trabajo.

Según DE LITALIA,

parece conforme a criterios de sociabilidad y de equidad que el dador de trabajo –el cual conserva la empresa en aquel grado de prosperidad, de valor económico, de importancia técnica, a que la llevó mediante la colaboración de

¹⁰³ *idem*, p. 580.

¹⁰⁴ *op. cit.* tomo ii, p. 498.

los dependientes- conceda, bajo forma de indemnización, una parte de actividad, en proporción con el trabajo prestado por el dependiente¹⁰⁵.

Esta teoría, que parece fundarse sobre el principio marxista del plus valor, ha encontrado amplia acogida en Brasil, bajo el nombre de teoría del crédito, especialmente por mérito del profesor ADAMASTOR LIMA, según el cual, el empleado, colaborando en la industria y en el comercio, adquiere un derecho de crédito sobre el establecimiento que él ayuda a formar y a engrandecer. Este crédito está en proporción con el tiempo de servicio prestado. En el caso de despido injustificado, la indemnización representa el resarcimiento de la pérdida de un derecho adquirido¹⁰⁶.

Igual tesis sigue el profesor ALMACHIO DINIZ, de la facultad de Bahía, cuando afirma que «el empleado despedido por voluntad del patrón sería un explotado si se retirare no dejándole llevar consigo una indemnización que sirvió como producto de su colaboración, para aumentar o por lo menos contribuir al desenvolvimiento de una cosa ajena»¹⁰⁷.

Conforme a la idea expuesta, mientras el sueldo corresponde a la fracción que el trabajador se lleva de las ganancias que la empresa obtiene cada año, la indemnización sería una participación de aquél en la parte de utilidad que se *solidifica* en la empresa, gracias a la cual ella tiene ahora un valor mayor que antes. «Pero es fácil objetar –dice DEVEALI- que hay casos en que la empresa pierde su valor, en lugar de aumentarlo, hasta llegar a la quiebra; y que la indemnización es debida también en estos casos como en otros»¹⁰⁸.

¹⁰⁵ citado por DEVEALI: *op. cit.* pág. 234, en nota al pie.

¹⁰⁶ *idem.*

¹⁰⁷ *idem.*

¹⁰⁸ *Op. cit.* p. 235.

Como observa SAPAG¹⁰⁹, la teoría de la restitución de la riqueza aportada explica más bien la naturaleza jurídica de las gratificaciones, antes que la de la indemnización por años de servicio.

6.8.2.10. *Institución compleja.*

La naturaleza de la indemnización por despido tiene, a juicio de otro núcleo de la doctrina, carácter complejo. Participa tanto de la indemnización por daños y perjuicios como del riesgo de desocupación, del salario diferido y de la antigüedad del trabajador en la prestación de los servicios¹¹⁰.

Dentro de los que consideran la indemnización por despido cual institución compleja se destaca HERNAINZ; estima este autor que en ella se “dan la sanción al empresario por incumplimiento de sus deberes en orden a la relación de trabajo y la necesaria protección económica al trabajador injustamente despedido, para que solucione de momento su vivir, mientras obtenga nueva colocación¹¹¹.”

BARASSI adhiere expresamente a esta doctrina, cuando afirma que nos hallamos frente a una «institución híbrida y compleja». Agrega que

la indemnización por antigüedad arraiga en el pasado y se proyecta hacia el porvenir. Tiene raíces en el servicio prestado por el trabajador, en cuanto es un premio a la antigüedad que puede eliminarse en caso de demérito del trabajador. Se proyecta hacia el porvenir del trabajador, por cuanto se paga en ocasión del despido de que el trabajador es víctima y es así una forma de

¹⁰⁹ *Op. cit.* p. 52.

¹¹⁰ CABANELLAS: *op. cit.* p. 581.

¹¹¹ *Idem.*

previsión, que puede excluirse si el trabajador se expone voluntariamente al riesgo de desocupación y a la pérdida de los beneficios de la antigüedad. Esta es la conclusión más obvia, y de ella resulta confirmado también el elemento de un daño por reparar; la afirmación de que es una forma de previsión, no está absolutamente en antítesis con aquel elemento, si bien es verdad que la previsión suele referirse a un daño futuro. Por eso insistimos en considerar excesiva la afirmación de que “es extraño a su naturaleza todo concepto de daño por efectos del despido”¹¹².

Otro que atribuye un carácter complejo a la institución es RAFAEL CALDERA. El jurista venezolano opina que

tiene algo de indemnización por despido, pero no se identifica con ella ni se limita a lo que este concepto supondría; sin ser una indemnización de daños y perjuicios, tiene fines de reparación, constituye un premio a la permanencia del trabajador en la empresa, en cuya percepción puede tener una justa esperanza de derecho, solamente perdida en el caso que incurra en falta; no le faltan atributos de previsión contra el desempleo, porque no se percibe año por año, sino en el momento en que aquel ocurre y en su carácter de prestación social; viene a constituir una mejora de la retribución percibida por el trabajador en la prestación de sus servicios. Podríamos decir, con LUISA RIVA SANSEVERINO que las tentativas para una calificación unitaria de esta indemnización “no encuentran jamás completo acomodo a nuestro ordenamiento, aunque llegue a captar uno de sus elementos característicos”. También, en nuestro ordenamiento, podemos afirmar que la indemnización de antigüedad combina elementos diversos: por lo que el legislador ha venido a darle un régimen peculiar, con modalidades diversas que tienden, en definitiva,

¹¹² Ludovico BARASSI: *op. cit.*, tomo III, págs. 389 a 391.

a realizar un alto interés social, cuya finalidad inmediata depende en cada caso de las circunstancias¹¹³.

6.8.2.11. Resarcimiento de daños.

Un sector de la doctrina adhiere a la tesis de que, en verdad, estamos ante una indemnización por los daños y perjuicios causados al trabajador. Así, por ejemplo, BENITEZ LUGO opina que «haciendo el preciso acoplamiento de esta figura indemnizatoria, proveniente del Derecho del Trabajo, y concretamente a este acto disolutorio unilateral de la relación laboral, podremos observar que se ofrecen todos los requisitos exigibles para tal resarcibilidad; debiendo tener en cuenta que, no sólo debe indemnizarse la disminución de una parte del patrimonio, o sea, el daño positivo, en sentido estricto (*damnus emergens*); sino, a la vez, la falta de aumento del patrimonio, que con el exacto cumplimiento del contrato se hubiera conseguido, o sea, el llamado daño negativo (*lucrum cessans*)»¹¹⁴.

POZZO extiende la reparación hasta el daño moral:

...aparte del fin de cubrir el riesgo de la desocupación, la indemnización por despido implica también un resarcimiento tarifado de los daños que el empleado puede sufrir cuando debe cambiar de ocupación por voluntad unilateral del empleador. Con ello encontraremos la explicación del derecho a la indemnización aún en los casos en que el empleado haya encontrado una nueva tarea de inmediato al preaviso o al despido (...) Y con ello encontraremos que también existe una diferencia entre el preaviso y la indemnización por despido, pues el primero tiene por fin únicamente facilitar la búsqueda de trabajo o empleo, según el caso; en cambio la segunda no solamente cubre esta emergencia, sino también tiende a resarcir los daños e inconvenientes que

¹¹³ Rafael CALDERA: *Derecho del trabajo*, 2ª edición, Librería El Ateneo editorial, Argentina 1960, tomo I, p. 397 y 398.

¹¹⁴ Citado por CABANELLAS: op. cit. p. 577.

significan el desempeño de un nuevo contrato de empleo y *hasta implica el resarcimiento de un daño moral que entraña el despido sin causa*¹¹⁵

Expresa CABANELLAS que esta tesis resulta muy similar a la sostenida por PEREZ BOTIJA; y si es acertada por cuanto el propio nombre de indemnización nos está indicando daños y perjuicios causados, no lo es en los casos donde no hay infracción de un deber jurídico; pues, como señala KROTOSCHIN, la indemnización se paga a veces cuando el despido es del todo lícito y no se ha infringido deber alguno que el contrato o la ley exigieran del patrono.

Se considera también que, según un principio de orden general en el Derecho de las Obligaciones, todo aquel que incumple con lo pactado debe indemnizar los daños y perjuicios; y el propio nombre de *indemnización* que se le da, parece referirse al resarcimiento de algún detrimento económico. La indemnización repara en parte los daños y perjuicios que el trabajador sufre; pero, en la situación planteada, si la naturaleza de la indemnización fuera la de resarcir los daños y perjuicios, el patrono tendría que abonar el importe total que en tal caso correspondiera. Sin embargo, no es así; porque se debe hasta en ocasiones donde no se advierten perjuicios. Finalmente, en otros supuestos se recibe la indemnización por imperativo legal, sin necesidad de que exista un hecho imputable al empresario¹¹⁶.

«Por el despido se produce una lesión económica para el trabajador. Pero la indemnización no tiene esa sola finalidad de resarcir; ni tampoco compensa debidamente los perjuicios sufridos en todas las hipótesis»¹¹⁷.

En el mismo sentido expresa DEVEALI:

¹¹⁵ *Derecho del trabajo*, tomo II, págs. 503 y 504.

¹¹⁶ CABANELLAS: op. cit. pág. 578.

¹¹⁷ *Idem*.

Una teoría muy difundida es la que explica la indemnización como una especie de resarcimiento de daños a que el empleador estaría obligado en el caso de que interrumpa la relación de trabajo sin justa causa. Esta teoría resulta indudablemente más fundada que las anteriores, especialmente en aquellas legislaciones que enuncian expresamente, o admiten implícitamente el derecho a una estabilidad más o menos efectiva. Pero es claro que el importe de la indemnización, tal como está fijado por nuestra ley, no tiene en cuenta ni siquiera presuntivamente la magnitud del daño sufrido por el empleado despedido, puesto que su monto se relaciona con una situación pasada (antigüedad), y no futura. Y el pasado no sólo no permite presumir el *damnum emergens*, sino tampoco el *lucrum cesans*, que en este caso, está igualmente en función del futuro (duración del paro)¹¹⁸.

En Chile, SERGIO SAPAG opina que

Tras esta prestación no existe en verdad un ánimo compensatorio o reparatorio de un daño concreto, originado de un acto responsable de una persona determinada, cual es la verdadera naturaleza de la indemnización de perjuicios según su concepción general. Si bien es cierto, en estricto rigor, se podrían desprender en un caso concreto los elementos propios de una indemnización de perjuicios, no debe olvidarse, y nuestra historia legislativa es una prueba en tal sentido, que no siempre el desahucio o despido injustificado ha sido una conducta reprochable legalmente, sino en muchos casos aceptado. Cómo entonces atribuirle responsabilidad como fuente de una indemnización determinada a un acto legalmente válido. En base a ello, creo que esta doctrina

¹¹⁸ *Op. cit.* pág. 235.

no sirve para explicar la fuente de fondo de la indemnización por años de servicio¹¹⁹.

En nuestra opinión la llamada «indemnización» por años de servicios no tiene una naturaleza resarcitoria. Sin embargo, nuestras razones están más cerca de lo señalado por DEVEALI, que de lo dicho por SAPAG. En efecto, tanto éste, como otros autores consultados –v. gr. AÑEZ REA- centran el tema en la conducta del empleador, esto es en el hecho ilícito que causa el daño, como si ese fuera el fundamento último de la obligación de reparar. Semejante concepción se halla desde hace tiempo superada, pues los modernos tratadistas fijan su atención en el daño mismo o perjuicio sufrido, que es la verdadera fuente de la responsabilidad civil.

De ahí entonces que la razón fundamental para descartar la naturaleza resarcitoria de la indemnización por años de servicio sea que su procedencia no está subordinada a la existencia de un daño o perjuicio ocasionado al trabajador despedido. Dicho de otro modo, no es imprescindible que exista lesión de un bien jurídico del trabajador, para que éste tenga derecho a la prestación pecuniaria. El trabajador puede encontrar de inmediato una nueva colocación –caso en el cual no sufre perjuicio material alguno- y de todas formas podrá cobrar la indemnización.

No se nos escapa que, en la mayoría de los casos se producirá efectivamente un estado de necesidad o aflicción económica como consecuencia del despido –puesto que la capacidad de ganancia del trabajador queda en suspenso-, pero también es cierto que la duración dicho estado no es la medida tenida en cuenta por el legislador a la hora de fijar el monto de la prestación, porque la duración de la cesantía es incierta. Esto lo destaca muy bien DEVEALI en el párrafo citado.

¹¹⁹ *La indemnización por años de servicio: aspectos laborales, tributarios y previsionales*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, agosto de 1994, pág. 49.

De otra parte, si, en verdad, la indemnización por años de servicio cubre el daño emergente y/o el lucro cesante ¿Por qué se priva de ella a los trabajadores con menos de un año de labores? ¿Acaso no experimentan ellos tales perjuicios con el despido? Es lícito preguntarse también por qué un trabajador con diez años de servicio recibe una indemnización superior a la que obtiene el que ha servido sólo tres, siendo que el daño emergente es, *per definitionem*, el empobrecimiento del contenido económico *actual* del patrimonio del sujeto. ¿Qué tiene que ver el número de años servidos con el perjuicio económico presente que ocasiona el cese de las funciones en el patrimonio del dependiente? La privación de la fuente de ingresos, puede lesionar el patrimonio tanto del trabajador con diez años de servicios, como el que lleva tres en su empleo o del que ha trabajado sólo unos meses e incluso días; la extensión de tal perjuicio dependerá, en todos los casos, no de la mayor o menor duración de los servicios, sino de la rapidez con que el asalariado logre substituir los emolumentos perdidos.

Se contra-argumenta a lo anterior en el sentido de que la antigüedad se la toma en cuenta, por presumirse que mientras más antigua es una persona en la empresa, mayor edad tendrá, y en consecuencia, mayores serán sus dificultades posteriores para encontrar trabajo; y se toman en cuenta las remuneraciones, debido a que es el baremo previo que permitiría deducir en concreto cuál es la magnitud del daño causado; a la vez, aunque el trabajador encuentre trabajo posteriormente, habrá perdido en la anterior empresa los derechos derivados de su antigüedad¹²⁰.

En el mismo sentido, BOGLIANO expresa que

todo proviene de contemplar la indemnización respecto a uno solo de los elementos del daño: “lucrum cessans”, lo que no ocurrirá si se valora también el “damnus emergens”, frente a la pérdida de un valor actual, como lo es para el trabajador su estado adquirido, su “bien trabajo”, resultante de su esfuerzo y

¹²⁰ Patricio NOVOA FUENZALIDA: *Derecho de Seguridad Social*, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1977, pág. 416.

dedicación a través del tiempo y al servicio de una misma empresa; independientemente del daño vinculado con el futuro, con la incertidumbre que habrá de depararle el contrato de trabajo rescindido arbitrariamente por su principal. Si admitimos la valoración del daño en sus dos aspectos, no habrá de presentarse el problema; puesto que, si la indemnización por “despido” o “antigüedad”, cubre la reparación del daño emergente y la sustitutiva del preaviso el lucro cesante; puede aceptarse jurídicamente que, el trabajador en el caso del ejemplo expuesto, perciba sus dos indemnizaciones: la por antigüedad, en reparación del perjuicio que sufre por el contrato rescindido y con relación al valor económico que pierde en la empresa donde dejó años de vida y dedicación y la de falta de preaviso, en compensación del daño futuro, de la ganancia que habrá de perder, hasta conseguir un nuevo empleo y aún consiguiéndolo en breve plazo, porque sus derechos en otros aspectos que la ley brinda, siempre serán resentidos¹²¹.

Existiría, entonces un “daño de antigüedad”, aunque el trabajador vuelva a emplearse enseguida, que se configura por la pérdida de las ventajas que provienen de la larga permanencia en un mismo empleo.

La indemnización por despido constituiría pues una compensación por la pérdida del derecho a dichos mayores beneficios. Pero cabe observar que, aparte de la mayor o menor justicia de dicha proporcionalidad, ella tiene muy reducida importancia; difícilmente podría compensarse con una indemnización pecuniaria, que se abona una vez para siempre; por fin no habría motivo para negar una suma semejante en todos los casos en que el empleado deja la empresa por motivos que, aun sin poder ser imputables a la empresa, pueden ser justos, como razones de salud, las de familia, etc.¹²²

¹²¹ *op. cit.* pág. 185.

¹²² Mario DEVEALI: *Lineamientos de derecho del trabajo*, tipográfica editora argentina, Buenos Aires 1948, pág. 235.

Según su etimología la indemnización consiste en dejar *indemne* al perjudicado por reintegrarle pecuniariamente su bien jurídico lesionado. Quien dice indemnización dice resarcimiento, esto es, una forma de reparación del daño que se configura

cuando el interés se reintegra mediante su subrogación pecuniaria, o sea, con la atribución al sujeto de una cantidad de dinero suficiente, para que compense por subrogación, a su interés. El daño por razones de constante y absoluta imposibilidad no se borra del mundo de los hechos; y mucho menos se crea (...) una situación material que corresponda a la que existiría si no se hubiere producido; tan sólo se crea, con la atribución pecuniaria, una situación *económicamente equivalente* a la comprometida por la producción del daño¹²³.

De este análisis podemos extraer dos consecuencias: una prestación pecuniaria que se paga con independencia de que exista o no, lesión de un bien jurídico no es, en rigor, una indemnización, pues el daño constituye, por definición, la causa o fundamento de toda indemnización (puede faltar la culpa, pero el perjuicio jamás); ya vimos que nuestra «indemnización» por años de servicio se devenga aun cuando no exista perjuicio material para el trabajador. Pero el daño, además de ser la causa de la indemnización y precisamente por ello, constituye también su medida, toda vez que el monto de la misma ha de ser equivalente al valor pecuniario del perjuicio causado. La obligación dineraria que nos ocupa tiene como medida el monto del salario, que es precisamente el beneficio económico que se pierde con el despido, pero no en función del tiempo durante el cual el trabajador se hallará privado de aquél, que sería lo natural y lógico de ser verdaderamente una indemnización, sino en función de otro criterio totalmente extraño, los años servidos por el trabajador en la empresa. Mientras el perjuicio patrimonial que pudiera causar el despido mira siempre hacia el futuro, los emolumentos que el asalariado dejará de percibir hasta que encuentra una nueva ocupación, la indemnización por años de servicios mira hacia el pasado, por lo que no existe la debida correspondencia entre la suma a que se tiene derecho

¹²³ Adriano DE CUPIS: *El daño*, Bosch casa editorial, Barcelona 1975, pág. 748.

y el detrimento patrimonial. La suma de dinero que es el objeto de la indemnización por años de servicio jamás coincidirá con la medida pecuniaria del interés lesionado, esto es, las remuneraciones que dejaron de percibirse. Unas veces excederá dicha medida, y otras será inferior a ella. Salvo que se produjese una excepcional coincidencia entre el número de años laborados y el número de meses de cesantía.

Con las reflexiones precedentes consideramos haber demostrado que la así denominada indemnización por años de servicio no tiene una naturaleza resarcitoria de daños patrimoniales. Con todo, subsiste otra interrogante, a saber, si cubriría en cambio el daño extrapatrimonial que pudiese sufrir el trabajador al perder su empleo, cuestión de sumo interés para los efectos de nuestra tesis.

Habida consideración que es menester descartar, por imposible, la adecuación natural entre daño moral e indemnización, el patrón o medida escogido por el legislador –los años servidos- pudiera tener aquí cierta razón de ser. Pues ciertamente la permanencia del trabajador en la empresa va creando una relación que traspasa los límites del mero interés económico y que compromete el ámbito afectivo y moral del trabajador, vínculo que se incrementa con el correr de los años. Un despido abrupto e inmotivado podría quebrar traumáticamente dicha relación, ocasionando una lesión a la integridad psíquica del dependiente, esto es, un daño moral o extrapatrimonial. ¿No habrá querido acaso el legislador laboral efectuar una estimación objetiva y anticipada de dicha lesión a fin de evitar al trabajador la difícil e incierta tarea de demandar y probar el daño moral por la vía civil? La tesis resulta excitante, empero debemos descartarla, por varias razones:

No tiene asidero en la historia de la ley; Es discriminatoria. Si bien es cierto, el quebrantamiento inmotivado de un vínculo laboral de años puede originar un daño moral en el trabajador, no es la única fuente de esa clase de perjuicio. La propia naturaleza de la causal invocada y el solo hecho de quedar sin empleo pueden ser causas de lesión de la integridad psíquica del trabajador, cuya intensidad es independiente del tiempo de permanencia en el empleo. ¿Por qué condicionar en tales casos el pago de la indemnización a la circunstancia de haber servido el cargo al menos un año? ¿Es menor el oprobio del despido injustamente por falta de probidad a los 11 meses de su contratación, que del

despedido en igual forma a los 12 meses de su ingreso al trabajo?

De lo anterior se sigue que el tiempo de servicio es, en muchas situaciones, un criterio insatisfactorio para cuantificar el daño moral por despido, ya porque excluye la posibilidad de indemnizarlo, ya porque lo hace de manera insuficiente. Como dice GONZALEZ DE ZAVALA «del hecho de que no pueda concederse una reparación exacta, no cabe concluir en que no deba concederse ninguna; pero tampoco que pueda otorgarse cualquiera»¹²⁴. El juez ha de tener la posibilidad de ponderar otros criterios como «la gravedad objetiva del daño, la personalidad de la víctima, la gravedad de la falta, y, por fin, la personalidad del ofensor en cuanto pudiere tener influencia sobre la intensidad objetiva del agravio inferido a la víctima (ANDORNO)»¹²⁵.

El daño moral se encuentra íntimamente relacionado con el trabajador que lo sufre y las características que rodearon al despido, sin perjuicio de los criterios enunciados en la letra precedente, por lo que no resulta conveniente tarificarlo o cuantificarlo con pautas predeterminadas, como lo son las indemnizaciones por extinción del vínculo laboral, ni por consiguiente subsumirlo en éstas, siendo mucho más justa y racional una ponderación casuística de aquél, que no toca hacerla a la ley, sino al juez¹²⁶.

6.8.2.12. Crítica y posición propias.

Después de haber examinado la gran variedad de doctrinas que procuran desentrañar la naturaleza jurídica del instituto en comento, quisiéramos exponer cuál es nuestra posición al respecto.

¹²⁴ citado por vasquez ferreira: op. cit. p. 188.

¹²⁵ idem, p. 190.

¹²⁶ cf. añez rea, walter: “procedencia de la indemnización del daño moral por despido abusivo en el derecho chileno”, tesis de grado para optar al título de magister en derecho privado, santiago de chile, enero de 1998, p. 33 y 34.

Para alcanzar una acertada comprensión de la naturaleza jurídica de la indemnización por años de servicio, es preciso ubicarla dentro del contexto o sistema del cual forma parte, porque sólo de esta manera se hará visible su función o finalidad, a partir de la cual es posible construir una definición de la institución ya no puramente descriptiva y formal, sino esencial. Tal construcción no puede desligarse de la formulación positiva, esto es, la configuración actual que tiene en la ley chilena vigente la prestación que nos ocupa. Una definición de la naturaleza de la indemnización por antigüedad, debe además tener en cuenta el régimen legal de terminación de la relación de trabajo, porque éste es precisamente el “sistema” o “contexto” en que dicha figura cobra su sentido.

SAPAG advierte que es errado partir

del supuesto de que lo que se está analizando constituye una institución sustantiva, entendida como un derecho natural del trabajador, siendo que la historia legislativa de la institución demuestra claramente que esta nace producto de la necesidad de poner límites a la absoluta libertad de que disponía el empleador en materia de terminación del contrato de trabajo y luego, su desarrollo y evolución van de la mano con la necesidad de conciliar el objetivo de protección del empleo con el del desarrollo de la empresa, con mayor o menor intensidad atendida la realidad social, política y fundamentalmente económica en la cual se desarrolla su evolución. Esto es, se podría afirmar válidamente que la indemnización por años de servicio constituye en sí un medio o mecanismo de política económica con contenido laboral¹²⁷.

Esta observación es exacta, sin embargo, poco nos ayuda decir que la indemnización por años de servicio es «un medio o mecanismo de política económica», pues muchas instituciones jurídicas comparten este carácter. Hoy más que nunca el Derecho tiende a convertirse en instrumento de la economía, la cual utiliza ampliamente sus figuras para el cumplimiento de sus fines. Si bien es correcto señalar que la indemnización que nos ocupa

¹²⁷ *op. cit.* p. 53.

es un medio de política económica, con ello no queda determinada en absoluto su exacta configuración jurídica, pues los impuestos también lo son.

Consideramos que nuestro sistema de terminación de la relación laboral, dista mucho de ser un régimen de «estabilidad en el empleo», como reza el Título V del Libro I del Código del Trabajo. La doctrina iuslaborlaista chilena prefiere hablar de «estabilidad precaria» o «cuasi relativa»¹²⁸. PALAVECINO y PLAZA opinan que «se trata de meros eufemismos, pues nuestro sistema, en su forma actual, obedece más bien a un sistema de libre despido atenuado (técnicamente: sistema de despido libre, con preaviso y posible indemnización) (...) por cuanto la mentada necesidad de invocación de causal no es tal; es decir, no es imperativo ni esencial para configurar el despido en nuestro sistema la invocación de alguna de las causales que establece la ley»¹²⁹.

En efecto, en Chile únicamente ha existido un sistema de estabilidad en el empleo durante la vigencia de la ley 16.455 de 8 de abril de 1966. Era una ley de estabilidad, porque, en conformidad a lo prescrito en su art. 1º, el empleador sólo podía poner término al contrato de trabajo en la medida que se configurara a lo menos una de las causales tipificadas por el mismo precepto. Bajo el amparo de esta norma, el trabajador no podía ser desahuciado por su empleador, en otras palabras, éste ya no podía despedir a aquél sin causa justificada.

Si en el hecho el empleador despedía al trabajador sin señalar causal legal, o invocando una causal legal de manera injustificada, esto es, no probada en juicio, la ley lo obligaba a reincorporar al trabajador, bajo sanción de pagar una determinada indemnización regulada por la justicia.

¹²⁸ Por todos, HUMERES MAGNAN y HUMERES NOGUER: *Derecho del trabajo y de la seguridad social*”, Editorial jurídica de Chile, decimocuarta edición, 1994, pág. 223.

¹²⁹ Claudio PALAVECINO CÁCERES y Marcela PLAZA MORENO: *Temas emergentes en el derecho laboral*”, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Santiago, noviembre de 1998, tomo II, pág. 349.

Conforme al art. 8° de la Ley 16.455, si el empleador se negaba a reincorporar al trabajador dentro de los dos días siguientes a la sentencia definitiva que declaraba injustificado el despido ordenando su reincorporación, el juez, de oficio o a petición de parte, debía fijar o regular la respectiva indemnización, la que no podía ser inferior a un mes por años de servicios continuos o discontinuos prestados a la misma empresa y fracción no inferior a seis meses.

Como se puede apreciar, la indemnización no estaba establecida, a lo menos teóricamente, como una opción facultativa para el empleador frente a la reincorporación, sino que, por el contrario, como una especie de sanción precisamente por su negativa a reincorporar al trabajador. En definitiva, la causa directa de la misma no estaba dada por el despido injustificado, sino por la no reincorporación del empleado¹³⁰.

Este régimen de estabilidad relativa fue derogado por el DL 2.200, de 15 de junio de 1978, que lo sustituyó por un sistema de libre despido atenuado, que en lo sustancial impera hasta hoy. Su art. 13, letra f) establece como causal de término del contrato de trabajo el desahucio del empleador. El desahucio se ha definido como «la acción por la cual una de las partes, en forma unilateral y sin necesidad de expresar causa alguna, pone término al contrato de trabajo que mantiene con la otra parte, produciendo su declaración, si se ha sujetado al trámite legal, el efecto de terminar efectivamente dicho contrato»¹³¹.

No se trataba de un sistema de libre despido “puro”, puesto que se consagró expresamente la indemnización por años de servicio como un derecho de los trabajadores que eran desahuciados por el empleador. Por otra parte, cuando el empleador despedía a un trabajador invocando una causal distinta del desahucio, pero que no lograba acreditar, se le condenaba al pago de la indemnización, pero no como consecuencia de la negativa suya a reincorporar al trabajador, sino que simplemente, porque se estimaba que la causal de

¹³⁰ SAPAG PEREZ: *op. cit.* pág. 22.

¹³¹ Lamberto CISTERNAS y otros, citados por SAPAG: *op. cit.* p. 24.

término efectiva había sido el desahucio. «Bajo este régimen, teóricamente no era concebible una demanda por despido injustificado, sino que una demanda por no pago de la indemnización respectiva al haberse puesto término a la relación laboral por desahucio del empleador»^{132 133}.

Por consiguiente, la indemnización pierde el carácter de sanción condicionada primero a la sentencia que declara injustificado el despido y, enseguida, a la negativa del empleador a reincorporar al trabajador, pasando a convertirse en una carga o prestación pecuniaria ligada a la ejecución de un acto jurídico absolutamente lícito, cual es el desahucio.

La Ley 19.010 de 29 de noviembre de 1990, aparentemente restringió el desahucio como causal de término del contrato de trabajo a ciertos trabajadores –con poder para representar al empleador, siempre que estén dotados, a lo menos, con facultades generales de administración y los trabajadores de casa particular- y configuró la indemnización por años de servicio como una suma de dinero que el empleador tiene obligación de pagar al trabajador, cuando pone término injustificadamente a la relación de trabajo, o cuando invoca la causal necesidades de la empresa o el desahucio en su caso.

¹³² SAPAG PEREZ: *op. cit.* pág. 25.

¹³³ Muy interesantes son las observaciones del profesor Juan C. SOTO CALDERON, sobre el peculiar sistema instaurado por el D.L. 2.200: «aquí creó una confusión absoluta de conceptos. ¿por qué? si el empleador recurría al sistema del despido reglado e invocaba una causa de caducidad del contrato, el juez consideraba que la terminación del contrato era injustificada, condenaba al empleador a pagar una indemnización por ruptura abusiva del contrato, por despido arbitrario, por incumplimiento del contrato. si el empleador ejercía su voluntad unilateral en un acto jurídico lícito que era el desahucio, debía pagar una indemnización en razón de los años servidos. en consecuencia, el acto jurídico unilateral lícito o daba lugar a una responsabilidad contractual de carácter de indemnización por el término lícito del contrato o este acto jurídico unilateral lícito producía otro monstruo jurídico que era que el ejercicio de un acto jurídico unilateral lícito creara una indemnización por años de servicios. para complicar más las cosas el legislador dijo que cuando había un despido injustificado, o sea el empleador no podía probar que había causa justificada para despedir, se entendía que el contrato de trabajo había terminado por desahucio del empleador. solución que no tiene ningún carácter jurídico, que no tiene ninguna construcción y que solamente pretendió destruir el sistema de despido regulado y de estabilidad relativa del empleo, ¿por qué? porque en un comienzo se alegó que esto significaba que el trabajador recibiera la indemnización directamente del empleador que lo desahuciaba y se la pagaba sin necesidad de juicio alguno. lo que es utópico, ilusorio, concebirlo así». *Delitos laborales*, separata del magíster en derecho penal con mención en delitos económicos (sin fecha), p. 36.

Sin embargo, si se examina con atención el inciso cuarto del actual art. 168 se verá que cuando no se logra acreditar las causales de despido que no dan derecho a indemnización al trabajador, la ley entiende que «el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161», esto es, necesidades de la empresa o desahucio, que son formas lícitas de poner fin a la relación laboral, por lo que no es posible sostener que la indemnización por años de servicio constituya una sanción al despido arbitrario, manteniendo la misma naturaleza que le atribuyó el D.L. 2.200.

En consecuencia la así llamada indemnización por años de servicio es una obligación pecuniaria que impone la ley al empleador en favor del trabajador, cuyo monto determina aquélla, o el contrato individual o colectivo si fuere mayor, sujeta a la condición suspensiva de que el empleador ponga término al contrato por su mera voluntad o por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, y que tiene como presupuesto que el contrato hubiere estado vigente un año o más.

Más adelante veremos que la única sanción al despido injustificado la conforman los recargos o aumentos con que el **art. 168** CT castiga la indemnización por años de servicio; sanción difícil de conciliar con la ficción del inciso final del citado precepto.

el concepto de la indemnización por años de servicio debe buscarse partiendo de sus objetivos y, en este sentido, su historia y evolución legislativa demuestran que estos básicamente son dos: proteger el empleo frente a la libertad del empleador, encareciéndolo mediante el establecimiento de una carga pecuniaria adicional y, en segundo y menor término, dotar al trabajador ya privado de su empleo, de esos mismos recursos con el objeto de cubrir en parte o en todo el estado de necesidad que dicha pérdida le produce¹³⁴.

En el Mensaje de la Ley 19.010 el Presidente de la República al Senado, puede leerse que el proyecto de ley considera elevar las indemnizaciones asociadas al despido con lo cual se

¹³⁴ SAPAG: *op. cit.*, pág. 54.

busca incentivar una mayor estabilidad en el empleo, en especial para los trabajadores con mayor antigüedad en la empresa, asegurar una mejor protección económica durante el período de cesantía y superar la discriminación entre los trabajadores contratados antes y con posterioridad al 14 de agosto de 1981¹³⁵.

6.8.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS RECARGOS DE LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO EN CASO DE DESPIDO INJUSTIFICADO, INDEBIDO O IMPROCEDENTE.

Como sabemos, la indemnización por años de servicio deberá ser pagada por el empleador con un recargo del 30%, 50% u 80%, cuando la aplicación de la causal sea declarada improcedente, injustificado o indebido, respectivamente. Estos recargos tienen un carácter sancionatorio o punitivo. Castigan la no acreditación de la causal legal invocada por el empleador para poner fin al contrato o la no invocación de alguna causal legal.

El aumento del 100% constituye una sanción adicional al empleador que aplica causales especialmente graves, y que lo hace temerariamente, esto es, sin fundamento plausible.

El Mensaje con que el Presidente de la República envió el proyecto de la Ley 19.010 para su discusión en el Senado, es claro en lo que a la naturaleza de los recargos se refiere:

No obstante, si el trabajador considera que la aplicación de cualquiera de las causales de terminación establecidas en el proyecto de ley ha sido injustificada o indebida, -incluida la causal vinculada a las necesidades de funcionamiento de la empresa-, y el tribunal respectivo así lo declare, la indemnización que corresponda pagar al empleador será el equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada aumentada en un 25%. Sin perjuicio de ello, *como adecuada sanción y en prevención de la aplicación abusiva que el*

¹³⁵ Citado por SAPAG: *op. cit.* pág. 58.

empleador hiciere en particular de las causales contenidas en los N°s 1.- y 6.- del artículo 2° del proyecto, -esto es, falta de probidad y similares y perjuicio material a los bienes de la empresa-, la indemnización será fijada por el juez de la causa y su monto mínimo será el indicado precedentemente¹³⁶.

El proyecto original presentado por el gobierno sufrió algunas modificaciones antes de ser definitivamente aprobada por el Congreso Nacional la Ley 19.010 y luego ésta también, por la Ley 19.759. Subsisten, empero, aquellas ideas matrices en la actual regulación; entre ellas, claramente, la naturaleza sancionatoria de los recargos.

Ahora bien, queda todavía pendiente la cuestión de si estos recargos tendrían, además un carácter resarcitorio. En efecto, el resarcimiento tiene un fin esencial que restaurar el equilibrio comprometido por mediación de un equivalente pecuniario, el cual no excluye necesariamente un propósito sancionatorio. Como expresa DE CUPIS «aun siendo su fin meramente reparatorio, el resarcimiento en sí mismo viene a constituir una *sanción*, impuesta al responsable de la lesión injusta de un interés gravando con tal consecuencia desfavorable la violación de su norma protectora»¹³⁷.

Descartamos el carácter resarcitorio de los aumentos a que se refiere el **art. 168** CT, ya que al ser meros porcentajes de la suma a que ascienda la indemnización por años de servicio y, por tanto, accesorios a la misma, les son aplicables las objeciones ya formuladas contra una eventual naturaleza resarcitoria de dicha indemnización. La objeción principal, en nuestra opinión, radica en la discriminación arbitraria que entraña privar de reparación al trabajador con menos de un año de servicio.

Observemos finalmente la dificultad teórica de conciliar este castigo al despido injustificado, con el citado inciso tercero del **art. 168** CT, que transmuta el despido injustificado en despido justificado.

¹³⁶ citado por SAPAG: *op. cit.* pág. 58.

¹³⁷ *Op. cit.* pág. 751.

7. EL DESAFUERO.

En atención a bienes jurídicos de especial relevancia, el ordenamiento jurídico laboral dota de una suerte de inamovilidad a determinados trabajadores. A saber: los dirigentes sindicales, los delegados del personal, a la mujer trabajadora en caso de maternidad y a quienes negocian colectivamente. Esta protección se conoce como fuero laboral.

De acuerdo con el **inc. 1° del art. 174 CT**, en el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato de trabajo sino con autorización previa del juez competente, quien *podrá* concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del **art. 159 CT** y las del **art. 160 CT**. El magistrado *puede*, entonces, otorgar el desafuero cuando se configure alguna de las siguientes causales objetivas de terminación del contrato: el vencimiento del plazo y la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato. Asimismo –y es lo más corriente- puede autorizar el despido por haber incurrido el trabajador en alguna de las causales de incumplimiento o mala conducta que tipifica el **art. 160 CT**.

El juez, como medida prejudicial y en cualquier estado del juicio, podrá decretar, en forma excepcional y fundadamente, la separación provisional del trabajador de sus labores, con o sin derecho a remuneración.

Si en definitiva el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustadas y con el interés señalado en el **art. 173 CT**, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiere decretado sin derecho a remuneración. El período de

separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales.

8. EL FINIQUITO

Según los profesores THAYER y NOVOA

puede conceptualizarse al finiquito formalmente como el instrumento emanado y suscrito por las partes del contrato de trabajo, empleador y trabajador, con motivo de la terminación de la relación de trabajo, en el que dejan constancia del cabal cumplimiento que cada una de ellas ha dado a las obligaciones emanadas del contrato, sin perjuicio de las excepciones o reservas con que alguna de las partes lo hubiere suscrito, con conocimiento de la otra¹³⁸.

Según estos mismos profesores la naturaleza jurídica del finiquito es la de una convención, ordinariamente es de carácter transaccional¹³⁹. Lo cual es muy discutible. Porque cabe preguntarse ¿cuáles serían los efectos de semejante convención? Desde luego, no es el finiquito el que extingue la relación de trabajo pues ésta termina antes de su suscripción, ya sea por necesidades de la empresa, renuncia, mutuo acuerdo u otra causal de la que *se deja testimonio* en aquel instrumento.

El finiquito tampoco constituye, en mi opinión, un modo de extinguir las obligaciones. Su función es consignar la circunstancia de haber operado, en relación con determinadas deudas, el pago, la novación, la transacción, la remisión, la compensación o cualquier otro de los modos conocidos de liberación del deudor. También se suele dejar constancia en él de la renuncia y/o reserva de acciones procesales.

¹³⁸ THAYER y NOVOA: *op. cit.*, tomo II, pág. 451.

¹³⁹ *Idem*

Por otra parte, el finiquito no es fuente de obligaciones. Puede, sin embargo, consignarse en él obligaciones pendientes originadas en el contrato de trabajo, o en una novación o transacción acordada entre las partes.

En verdad no logro vislumbrar efectos propios o singulares del finiquito que pudieran sustentar su autonomía como acto jurídico. El finiquito es simplemente lo que el derecho probatorio denomina “instrumento”, esto es un escrito en que se consigna un hecho o se deja constancia de una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos.

Es un instrumento privado, pues la intervención del ministro de fe no lo convierte en público. El ministro de fe en tal caso no es más que un testigo calificado respecto de su otorgamiento, que abona con un certificado público el hecho de haber autorizado la firma de la persona que indica.¹⁴⁰

Como se sabe, en materia civil, el documento privado judicialmente reconocido tiene igual mérito probatorio que el instrumento público, es decir, plena prueba entre las partes en lo tocante al hecho de haberse otorgado por las personas y de la manera que en él se expresa y en cuanto al hecho de haberse efectuado las declaraciones que en él aparecen, pero no acerca de la verdad o sinceridad de las mismas Sin perjuicio de que las declaraciones dispositivas se presumen verdaderas.

Ahora bien, el Código del Trabajo no asigna al finiquito un valor probatorio especial, lo cual es comprensible si se tiene en cuenta que el sistema de apreciación de la prueba que dicho cuerpo legal establece es el de la sana crítica. Por tanto, el juez será, en cada caso, quien determine su valor probatorio en relación con las demás pruebas o elementos de convicción existentes en el proceso y de acuerdo a las razones jurídicas, lógicas, científicas, técnicas o de experiencia que estime pertinente considerar.

¹⁴⁰ Arturo ALESSANDRI RODRIGUEZ y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA: *Curso de Derecho Civil*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1971, 2ª parte, pág. 59. También, Cristian MATURANA MIQUEL: *Los medios de prueba*, separata de la Facultad de Derecho de la U. de Chile, mayo de 1996, pág. 15.

Con todo, me parece que es aplicable al finiquito el principio fundamental del *onus probandi* conforme al cual lo normal se presume y lo anormal o excepcional debe probarse. Y lo normal que es que el contenido de las declaraciones sea verdadero, sincero y no falso o simulado¹⁴¹. Es esta una máxima de la experiencia que el juez laboral no puede desatender. Sin embargo, esa presunción de veracidad durará mientras no aparezcan otras pruebas o elementos de convicción que la destruyan.

En relación al finiquito el **art. 177** CT prescribe lo siguiente:

- a) Para ser invocado por el empleador debe haber sido firmado por el interesado y por el presidente del sindicato o por el delegado del personal o sindical respectivos, o ratificado por el trabajador ante el inspector del trabajo.
- b) Para el mismo efecto anterior, y en sustitución de la autoridad sindical o administrativa, pueden actuar como ministros de fe, un notario público de la localidad, el oficial del registro civil de la comuna o sección de comuna o el secretario municipal correspondiente.
- c) Las exigencias de autenticación precitadas no tendrán lugar en los contratos de duración no superior a treinta días, salvo que prorrogaren por más de treinta días o que, vencido este plazo máximo, el trabajador continuare prestando servicios al empleador con conocimiento de éste.
- d) En el despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refiere el inciso quinto del artículo 162, los ministros de fe, previo a la ratificación del finiquito por parte del trabajador, deberán requerir al empleador que les acredite, mediante certificados de los organismos competentes o con las copias de las respectivas planillas de pago, que se ha dado cumplimiento íntegro al pago de todas las cotizaciones para fondos de pensiones, de salud y de seguro de desempleo si correspondiera, hasta el último día del mes anterior al del despido. Con todo, deberán dejar constancia de que el

¹⁴¹ ALESSANDRI.: op. cit., pág. 44.

finiquito no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo si el empleador no hubiera efectuado el integro de dichas cotizaciones previsionales.

- e) Los organismos a que se refiere el inciso precedente, a requerimiento del empleador o de quien lo represente, deberán emitir un documento denominado "Certificado de Cotizaciones Previsionales Pagadas", que deberá contener las cotizaciones que hubieran sido pagadas por el respectivo empleador durante la relación laboral con el trabajador afectado, certificado que se deberá poner a disposición del empleador de inmediato o, a más tardar, dentro del plazo de 3 días hábiles contados desde la fecha de recepción de la solicitud. No obstante, en el caso de las cotizaciones de salud, si la relación laboral se hubiera extendido por más de un año el certificado se limitará a los doce meses anteriores al del despido.
- f) Si existen cotizaciones adeudadas, el organismo requerido no emitirá el certificado solicitado, debiendo informar al empleador acerca del período al que corresponden las obligaciones impagas e indicar el monto actual de las mismas, considerando los reajustes, intereses y multas que correspondan.
- g) Si los certificados emitidos por los organismos previsionales no consideraran el mes inmediatamente anterior al del despido, estas cotizaciones podrán acreditarse con las copias de las respectivas planillas de pago.
- h) El finiquito ratificado por el empleador ante el inspector de trabajo u otro ministro de fe de los ya señalados, así como sus copias autorizadas, tendrán mérito ejecutivo respecto de las obligaciones pendientes que se hubieren consignado en él.