

N° 177
AÑO LIII
ENE.-JUN.
1985

ISSN 0303-9986



REVISTA

DE

DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION
FACULTAD DE
CIENCIAS JURIDICAS
Y SOCIALES

REGIMEN ACTUAL DE TERMINACION DE CONTRATO DE TRABAJO

PABLO SAAVEDRA BELMAR
Profesor Derecho Laboral
Universidad de Concepción

En los ya lejanos tiempos en que nuestra promoción estudiaba Filosofía del Derecho en esta Facultad, el distinguido maestro de la asignatura, don Rolando Merino Reyes, utilizó un ejemplo que siempre recordaremos para demostrar cómo la ley puede carecer de justicia y, en definitiva, la legislación puede resultar reñida con aquello que verdaderamente debe entenderse por Derecho. Nos expuso el caso real de una antigua trabajadora de una industria textil de la zona, en la categoría de obrera, que después de varios decenios de trabajos ininterrumpidos y en la etapa en que su rendimiento, por razones naturales, declinaba, recibió el llamado para presentarse a las oficinas y ser allí objeto de exoneración inmediata con el único pago de seis días de salario y sin que afectara a la empresa ninguna otra responsabilidad.

Los autores se han preguntado la razón que determinaría, en lo jurídico, más allá de fundamentos sociales y aun morales que podrían tenerse como evidentes, el que el empleador deba afrontar indemnizaciones por el hecho de poner término sin fundamento al contrato individual de trabajo, que es un típico caso de negocio jurídico de tracto sucesivo.

Krotoschin aborda el problema desde el punto de vista de un eventual abuso del derecho por parte del empresario. Mario Deveali, sistematizando las posiciones que al efecto se han planteado, comienza por citar a aquellos que creen ver en el sistema indemnizatorio por despido la expresión de un salario diferido, en términos que existiría una parte de la remuneración que, implícitamente, no resultaría pagada en cada oportunidad periódica, sino que se acumularía para dar por resultante la oportuna reparación del rompimiento del contrato. Reconoce ese autor que tal posición encuentra un obstáculo insalvable en la circunstancia que su pago se niega en diversos casos, inclusive en algunos que son inimputables al trabajador. Se ha defendido también la posibilidad de que el pago final constituya una especie de premio de fidelidad, de colaboración y de antigüedad, conclusión que no se concilia con los casos de trabajadores de incorporación relativamente reciente a la empresa. Otra teoría se refiere a un presunto derecho del dependiente a participar del mayor valor de la empresa, que es consecuencia de su trabajo. Es fácil objetar que hay casos en que en lugar de producirse tal plusvalía, la empresa pierde su valor llegando inclusive a la quiebra, circunstancia ésta que, a lo menos entre nosotros, no exonera de la obligación de indemnizar. De mayor

aceptación es la doctrina que explica la indemnización como una especie de resarcimiento de daños a que el empleador estaría obligado en el evento de que ponga término a la relación de trabajo sin justa causa. William Thayer y Patricio Novoa, sin inclinarse por esta orientación, en cierto modo le otorgan fundamentos cuando recuerdan que los contratos se celebran para que tengan su máxima eficacia, bajo todos los aspectos, incluso en el tiempo, cuando se trata de contratos de tracto sucesivo y de negocios jurídicos que significan una vinculación permanente entre las partes, agregando que la disolución del vínculo no es lo que busca el Derecho de Obligaciones, pues los hombres no celebran negocios jurídicos de esa índole con la intención de disolverlos cuanto antes en términos que, tales autores, concluyen que debe mirarse en la disolución de un contrato una figura de excepción o un fenómeno jurídico que no es el objetivo —o bien deseado— del Derecho. Por lo demás, podemos nosotros recordar, sin necesidad de entrar en su detalle, que la continuidad representa un elemento consustancial al contrato de trabajo que hasta sirve de mérito para tipificarlo o distinguirlo de otras relaciones jurídicas. Sin embargo, en el análisis general que Deveali proyecta, ataca seriamente la teoría de la reparación de daños en la expresión concreta de las legislaciones, por cuanto éstas no atienden a perjuicios reales y efectivos sino a un simple tarifado, relacionado con una situación pasada —la antigüedad— y ello obsta a cuantificar el daño emergente y el lucro cesante. Por todo lo anterior, el autor precedentemente citado llega a concluir que la desocupación o cesantía que pasa a afectar al trabajador despedido constituye simplemente una contingencia social cuyo paliativo económico el legislador ha colocado de cargo de la parte de mayor solidez patrimonial del contrato laboral que vulnera la continuidad del vínculo. El autor español Pérez Botija compendia las dos últimas posiciones que hemos reseñado al sostener que la naturaleza jurídica de la indemnización por despido es un resarcimiento de daños, justificado por razones político-sociales de previsión.

En enfoques más modernos, como el de José Montenegro, se tiene en vista la concepción institucional de la empresa como centro de organización, que debe respaldar la estabilidad de los trabajadores como uno de sus fines y, por ende, proveer a reparar el quebrantamiento de esa estabilidad pasando por sobre los intereses y decisiones individuales del empleador. Concordamos con esta última posición. La creación o detentación de una empresa, a cualquier título, implica una responsabilidad social que excede los marcos o límites de un simple contrato laboral aislado. Se crea así la necesidad de satisfacer las aspiraciones legítimas de estabilidad ocupacional que requieren el individuo, su grupo familiar y la comunidad toda. Problema distinto es la forma de orientar en lo jurídico el cumplimiento de esa responsabilidad por los medios que resulten más idóneos en resguardo de los intereses sociales y patrimoniales comprometidos.

En nuestra legislación es dable constatar diversas etapas en relación con la estabilidad en el empleo, entendida esta institución como el

grado de protección con que cuenta un trabajador en materia de conservación de su fuente laboral. En un estudio realizado por el profesor don Francisco Walker Errázuriz se contempla la existencia de cuatro etapas, a saber: desde la dictación de las leyes de 8 de septiembre de 1924 hasta el 6 de abril de 1966, oportunidad en que cobró vigencia la Ley N° 16.455; en segundo término desde que rigió esa ley hasta la entrada en vigor del Decreto Ley N° 2.200 el 15 de junio de 1978; luego la etapa enmarcada entre este importante decreto ley y la dictación de la Ley N° 18.018 de 14 de agosto de 1981; para situarse en cuarto lugar en el ámbito de la vigencia del mismo Decreto Ley N° 2.200, ya fundamentalmente modificado por la Ley N° 18.018. En el momento actual debemos, ciertamente, agregar un quinto período, el que data desde la dictación de la Ley N° 18.372 de 17 de diciembre de 1984, que incorporó nuevas e importantes modificaciones en el tema al Decreto Ley N° 2.200.

En la primera etapa, hasta 1966, sólo cabía distinguir dos grupos de trabajadores: el gran sector mayoritario afecto a la posibilidad de desahucio empresarial, entre cuyos subgrupos de empleados y obreros se llegó a nivelar para ambos en 30 días el período de preaviso o de indemnización por la vía de remuneración compensatoria de ese lapso, y una pequeña minoría de situaciones absolutamente excepcionales de trabajadores favorecidos por el llamado fuero o inamovilidad laboral, según normas aisladas que instituían tal protección. Estos casos, siempre restrictivos, son en la actualidad algo más numerosos, pero se mantienen el tratamiento inorgánico del tema y la característica fundamental de exigir autorización por sentencia judicial para la separación de trabajadores así amparados.

La Ley N° 16.455 vino a establecer en abril de 1966 una situación completamente diferente, cuyos efectos, aunque ya no el mismo texto jurídico, podemos afirmar que trascienden hasta hoy. Esa importante ley, por lo demás, no fue la expresión de una manifestación normativa laboral aislada, sino que se inserta en el relevante contexto social de la elaboración legislativa que desde 1964 hasta 1968 incluye disposiciones tan importantes como las atinentes al feriado progresivo, a la sindicación campesina, a los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y a la medicina curativa. En estas dos últimas materias las leyes respectivas se mantienen, con las modificaciones a que ha habido mérito, resistiendo los embates de la tendencia, tan cuestionable en las disciplinas jurídicas, de las innovaciones constantes y aun de las derogaciones generales, precedidas de estudios tal vez precarios.

La ley aquella, que algunos llamaron erróneamente de propiedad en el empleo, mantuvo las situaciones excepcionales constitutivas de fuero y relegó el desahucio a su mínima expresión en el artículo tercero, reservándolo para trabajadores como aquellos que detentaran cargos de gerentes, agentes, apoderados y para trabajadores que ejercían cargos de exclusiva confianza. Se creó, en cambio, un grado de estabilidad rela-

tiva general a los trabajadores al exigirse la fundamentación del despido, sujeta ésta a determinadas causales establecidas en el texto legal. Ciertamente que en el Código del Trabajo ya existían enunciaciones de causales justificadas de separación para obreros y para empleados, pero ellas sólo tenían por objeto fundamentar las gestiones de desafuero o permitir al empleador eximirse de la magra indemnización compensatoria del desahucio en su concepción inicial.

Fue así que el despido infundado y declarado como tal por los tribunales daba derecho al trabajador —término unitario que hizo una de sus primeras apariciones en el Derecho Laboral chileno— a ser, consecuentemente reincorporado en su trabajo, con el pago integral de remuneraciones correspondientes al período de separación. Sin embargo, el texto legal se adelantó a aceptar la eventualidad de que el cumplimiento de la sentencia no fuera acatado, concediendo al interesado en tal caso la indemnización compensatoria de un mes de remuneraciones por cada año de servicios continuos o discontinuos prestados en la empresa y fracción no inferior a seis meses. Todo ello sin límite de antigüedad. Para el autor mexicano Mario de la Cueva tal planteamiento, que por cierto no era exclusividad de nuestro país, involucraba un profundo error de conceptos. Estaba basada en el entendimiento de que la obligación fundamental de empleador era una obligación de hacer: dar trabajo en condiciones normales, en circunstancias que bien pudo tenerse en vista que la obligación básica era en verdad de remunerar y, a través de ello, haber concluido que al empleador renuente a una reincorporación sería debería seguirle afectando indefinidamente la obligación de enterar las remuneraciones —obligación de dar— hasta la época en que hubiere readmisión efectiva en las faenas.

Para los impulsores de aquella ley se había dado un paso trascendental en la protección del trabajador. Para sus detractores sólo se había hecho más oneroso el desahucio porque en definitiva la parte empleadora siempre podía imponer su voluntad.

Nos inclinamos a creer que, con sus defectos, la ley constituyó una forma de protección de sumo interés.

Al dictarse en 1978 el Decreto Ley N° 2.200, el nuevo legislador gestó algunos cambios relevantes. Se eliminó la tentativa de reincorporación, seguramente por considerarla poco realista, y se optó por conceder a los trabajadores despedidos sin fundamento derechamente su indemnización por antigüedad o años de servicios, esta vez sólo en razón del desempeño continuado en la empresa. Alteración digna de ser mencionada es también aquella que, recogiendo la equidad de la jurisprudencia más aceptada, concedió derecho a indemnización en el artículo N° 17 del texto a los trabajadores como gerentes y demás de jerarquía superior a que ya hemos hecho referencia, por el período servido en la empresa como trabajadores comunes, antes de acceder a aquellos cargos de dirección o

responsabilidad. El decreto ley mantuvo como fundamento inaplicable a demandas de desafuero las necesidades de funcionamiento de la empresa, prescindiendo de la terminación del trabajo que hubiera dado origen al contrato, y de la extinción del plazo del mismo.

Sin embargo, la vigencia del Decreto Ley N° 2.200 significa, como alteración de fondo a los sistemas uniformes que hasta entonces habían regido en materia de término de la relación laboral, la dualidad de dos regímenes. En efecto, este cuestionable método, cuyo sustento habría que buscar en el interés de asignar la calidad de derecho adquirido al sistema aplicable para regir la extinción del contrato individual de cada trabajador según la época de su contratación, nos obliga a distinguir dos grupos de dependientes con arreglo al artículo 4° transitorio del decreto ley en referencia, que al efecto dispuso: "La duración y terminación de los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la fecha en que entre en vigencia esta ley se sujetarán a las reglas establecidas en la Ley N° 16.455 y sus modificaciones". Por primera vez nos encontramos con dos sistemas legislativos simultáneamente aplicables a la misma institución: la terminación del contrato de trabajo. Ciertamente es que nuestra Excelentísima Corte Suprema había ya resuelto en fallo de 4 de octubre de 1974 que "los derechos sociales tienen también el carácter de adquiridos, ya que, precisamente, en los tiempos contemporáneos son los derechos sociales los que, por lo general, constituyen la parte más importante del patrimonio de un trabajador. Nuestro siglo ha visto el desarrollo de la legislación social, cuya tendencia ha sido progresiva, esto es, ir otorgando a los individuos que sólo subsisten por medio de su trabajo personal, cada vez mayores beneficios, ya sea con cargo a patrones o empleadores; ya con cargo al Estado o a las instituciones que de él dependen y por medio de las cuales ejerce sus finalidades, ya sean previsionales, industriales, comerciales u otros servicios indispensables al bien común".

Con todo, el reconocimiento implícito de estatuto de derechos adquiridos de la Ley N° 16.455 no se concilia en todas las situaciones con un mejor nivel de beneficios respecto del Decreto Ley N° 2.200. Es ejemplo importante, sobre el que tendremos que volver, el citado artículo 17 de este decreto ley que reconoce a lo menos un período eventualmente indemnizable a los trabajadores de nivel superior, en circunstancias que la Ley N° 16.455, en su artículo tercero, les negaba de plano tal posibilidad.

En este devenir nos sorprende, podríamos afirmar con propiedad, la dictación de la Ley N° 18.018 de 14 de agosto de 1981, texto determinante de fundamentales modificaciones a la legislación laboral, entre ellas, en forma relevante, al texto del Decreto Ley N° 2.200. Las derogaciones normativas son numerosas, entre ellas la que afectó a la Ley N° 16.455. En general, la nueva ley, conjuntamente con aportes valiosos como el concepto vigente de empresa y el imperativo de su continuidad, propicia un impulso a la autonomía de la voluntad de las partes de los contratos laborales que, sinceramente, no se registraba entre nosotros desde los tiempos en que sólo se podía recurrir al Derecho Privado y, concretamen-

te, al Código Civil a falta de legislación protectora especializada. Y hemos utilizado el plural, contratos laborales, porque no sólo el individual puede convalidar prestaciones a los trabajadores inferiores a los mínimos legales, sino también el contrato colectivo se constituye en fuente poderosa de similar orientación.

Se ha dicho que esa Ley N° 18.018 es producto del período en que un aparente auge económico vitalizaría cada vez más las expectativas ocupacionales de los chilenos y consiguientemente su capacidad de negociación, incluso la individual, en términos que la misión jurídica protectora de los trabajadores resultaba casi prescindible.

Afortunadamente, no obstante tan optimista perspectiva, se vuelve a instituir el sistema de legislación doble, en materia de extinción de contrato, con arreglo al artículo uno transitorio, primer inciso, de la ley de nuestra referencia, que dispuso: "Los trabajadores contratados en cualquier fecha anterior a la vigencia de esta ley quedarán sujetos al régimen de terminación individual del contrato de trabajo establecido en las disposiciones permanentes del texto primitivo del Decreto Ley N° 2.200 de 1978". Hubo necesidad, entonces, de distinguir en su contenido dos textos del mismo decreto ley en relación a ese tema.

El texto nuevo dio cabida a los siguientes cambios principales al respecto: estipulación libre del monto de la indemnización por despido injustificado, limitación a 150 días de remuneración del valor de la indemnización legal subsidiariamente aplicable, derogación completa del artículo 17 del Decreto Ley N° 2.200 asimilando así a los trabajadores de más jerarquía o confianza de la empresa con los restantes, posibilidad de reducir las indemnizaciones de los trabajadores antiguos —regidos por el texto primitivo de dicho estatuto— a través de negociaciones colectivas, derogación de las normas sobre despido colectivo, imperatividad de la prueba pericial en caso de controvertirse la causal de despido fundada en necesidades de funcionamiento de la empresa y facultad del trabajador de exigir indemnización efectiva de perjuicios en caso de invocarse maliciosamente las causales de despido de extrema gravedad que se contemplan en el artículo 14, número 1, como falta de probidad, o las del artículo 15 que inclusive pueden traducirse en delitos contra la Ley de Seguridad del Estado.

En esta secuencia legislativa surge en nuestro panorama jurídico la Ley N° 18.372 que, a contar del 17 de diciembre último, pasa a entregarnos, a través de su necesaria interpretación y su concordancia con la normatividad precedente, la etapa en que nos encontramos en materia de terminación de contrato de trabajo. Sabido es que, a pesar de la inexistencia de una discusión formativa de público conocimiento, trascendió que aun en el ámbito de las autoridades de Gobierno involucradas existieron posiciones diferentes y que el texto promulgado sobre nuevas modificaciones del Decreto Ley N° 2.200, que por cierto incluyeron además otros temas, difiere del inicialmente preparado por las comisiones res-

pectivas e incluso del que apoyó el Ministro del Trabajo y Previsión Social de la época.

Siguiendo para estos efectos el orden normativo de la versión así resultante del Decreto Ley N° 2.200, podemos indicar como innovaciones principales las siguientes: el mérito ejecutivo del finiquito ratificado ante funcionarios públicos que la ley autoriza, encabezados por el inspector del Trabajo, respecto de obligaciones que consten como pendientes; la derogación de la causal de despido fundada en necesidades de funcionamiento de la empresa; la ahora expresa obligación de comunicación del término del contrato que ejerce la empresa al afectado, sea en forma personal o por carta certificada; la exigencia perentoria de que las indemnizaciones convencionales por extinción de contrato sólo pueden tener eficacia cuando excedan el monto legal; los mecanismos expresos que se gestan para el supuesto de pago anticipado de indemnización y que se previenen en un nuevo artículo 17 que se agrega al texto del decreto ley; el cambio de sistema jurídico para el ejercicio del despido indirecto por parte del trabajador ante incumplimientos patronales, quedando ahora facultado para ocurrir directamente ante el tribunal a fin que se ordene el pago de la indemnización competente; la regulación incidental de la indemnización que ya había sido creada sin normatividad procesal por la Ley N° 18.018 para los casos en que el empleador invoque maliciosamente alguna de las causales del numerando primero del artículo 14 o cualquiera de las del artículo 15 del decreto ley, por los graves alcances consiguientes para el trabajador; la modificación de la clase de interés que se agrega a la indemnización que se pagare con retraso y que, sin perjuicio del reajuste, se fija ahora en el máximo interés permitido para operaciones reajustables; debiendo tenerse presente, finalmente, el complejo alcance de las normas transitorias de la nueva ley que, en lo medular, mantiene la división de dos grupos de trabajadores separados por el 14 de agosto de 1981 como fecha de contratación y agrega un intrincado sistema de eventuales anticipos a la indemnización por término de contrato, de indispensable concordancia con el nuevo artículo 17 del texto.

La evaluación de estas reformas puede llevarnos a las siguientes conclusiones, según la precedencia, simplemente derivada de la formulación del articulado, que se desprende de nuestra enunciación:

Que se haya asignado mérito ejecutivo sólo a los finiquitos ratificados ante funcionarios y no a aquellos en que intervienen el presidente del sindicato o el delegado del personal, no parece suficientemente fundamentado y operante. Recordemos que estos dos personeros laborales estuvieron entre los primeros en investir en nuestra área jurídica la calidad de ministros de fe para esta clase de materias. Se deja por otra parte un vacío en cuanto pudiera extenderse una terminación de trabajo convencional según el artículo 13, letra a) en cuyas estipulaciones consten obligaciones pendientes. Por no tratarse de un finiquito, a menos que el documento tuviera claramente ese doble alcance, ninguna clase de ratificación asignaría mérito ejecutivo a aquellas obligaciones. Algunos han insi-

nuado que el actual inciso final del artículo 13 haría impracticables las reservas unilaterales de derechos que muy corrientemente se estampan a requerimiento del trabajador, dado que podría entenderse que se incluyen en el mérito ejecutivo que la disposición crea. Es de evidencia que no es ése el alcance del precepto. La ley alude a "obligaciones" que se consignan en el instrumento, no a expectativas o pretensiones de una de las partes.

La eliminación de las necesidades de funcionamiento de la empresa como causal de extinción de contrato obedeció, seguramente, a un extendido sentimiento de rechazo a la norma por su aplicación tan frecuente en los últimos tiempos, en los que prácticamente se relegó al olvido su fundamentación técnica originaria y se aplicó con el generalizado motivo de la falencia de las empresas. Incidió también, ciertamente, el que la naturaleza de la causal prescindía totalmente de la idoneidad y antigüedad del trabajador.

Sin embargo, enfocando en sus raíces el concepto actual de empresa, dado que en ningún caso debería entenderse 'sub lite' el interés personal del empleador, la derogación pudiera ser controvertible. Es pertinente recordar que la Ley de Contrato de Trabajo argentina contempla similar causal y asigna en tal caso al trabajador una indemnización limitada al cincuenta por ciento.

La comunicación del despido al trabajador constituye una obligación que no transforma en solemne el acto. La omisión tendrá los alcances administrativos que corresponda ante las autoridades del trabajo, pero no invalida el despido, según la Excelentísima Corte Suprema. El mismo Alto Tribunal ha sentenciado que la petición de renuncia equivale a un despido. En fallo del mismo nivel, que exige cautela, se ha resuelto que la comunicación sin expresión de causa en la que se margina a un trabajador de la empresa debe necesariamente interpretarse como aviso de desahucio, con todos los derechos inherentes, y no como un despido. Y es sabido que constituyen parte del sistema del Decreto Ley N° 2.200 el que el desahucio puede ejercerse libremente por el empleador respecto de cualquier trabajador no aforado, pero dando lugar a la indemnización por años de servicios que reiteradamente hemos citado y cuyo monto deberá depender, una vez más, de la época de contratación.

En lo atinente a la exigencia actual en orden a que las indemnizaciones convencionales por término de contrato superen en monto el límite legal, ello sólo representa el regreso al espíritu tradicional y permanente de las normas laborales.

Situación extraña es la que nos plantea la vigencia de un nuevo artículo 17 en el Decreto Ley N° 2.200. En efecto, desbordando los límites de la movilidad jurídica de la disciplina laboral, nos encontramos ante la existencia y aplicación de dos preceptos con la misma numeración en ese texto. Los trabajadores llamados antiguos siguen afectos, en lo que les

fuere aplicable, al artículo 17 que se contempla al promulgarse el decreto ley para aquellos trabajadores de nivel gerencial y similares, a los que se negaba estabilidad en el cargo. Aun más, ese grupo de trabajadores puede encontrarse en tres situaciones diferentes según las circunstancias: si habiendo sido contratados antes del 14 de agosto de 1981, se incorporaron directamente en algunas de las funciones jerárquicas o de confianza previstas en la norma, carecen de indemnización eventual en el caso de despido. En segundo lugar, si siendo también "antiguos" pueden acreditar períodos de desempeño precedentes como trabajadores comunes, son posibles acreedores a indemnización sólo por ese lapso y, en tercer término, si la contratación está regida por la Ley N° 18.018, su factibilidad de indemnización por despido es la misma de cualquier otro trabajador. Frente a todo ello, el otro artículo 17 que ahora se crea regula una materia tan diversa como es el caso de anticipos al pago de futura indemnización por terminación de contrato.

El llamado despido indirecto, esto es la terminación del contrato de trabajo ejercida por el trabajador ante una o más causales en que haya incurrido el empleador, ha vuelto a sus orígenes. La institución nació, entre nosotros, con la Ley N° 16.455 que permitía al trabajador, en tal evento, dar por terminado el vínculo y demandar derechamente la indemnización competente ante el Tribunal respectivo. La primera formulación del Decreto Ley N° 2.200 consistió en un procedimiento engorroso, con importantes vacíos y dificultades de interpretación, que en síntesis se traducían en la manifestación de la voluntad extintiva por parte del trabajador ante la Inspección del Trabajo, concediéndose al empleador la posibilidad de demandar ante los Tribunales, si estimaba injustificada la medida. Ahora el sistema, aunque no literal por cierto, vuelve a ser el de aquella remota ley.

En otro aspecto, si bien ya el decreto ley en análisis, reformado por la Ley N°18.018, había concedido al trabajador el derecho a una indemnización diferente por despidos maliciosos pretextados en causales lindantes con lo delictual o aun insertas en ese campo, se había omitido señalar el cauce procesal correspondiente. La Ley N°18.372 asigna la vía incidental a la gestión. Se trata, desde luego, de un incidente muy particular que, por su contenido, debería tramitarse previa declaración de la justificación del despido por el Tribunal competente. Aun más, nos parece conducente que en la sentencia definitiva de la causa se formule declaración, si así lo ha alegado y probado el trabajador en cuanto a que el despido no sólo ha sido injustificado, sino también malicioso. La otra alternativa es entender que sólo en el incidente puede litigarse sobre la naturaleza dolosa del despido y sobre la cuantía de la indemnización. Nos quedamos con la primera posición indicada, por cuanto la parte final del último inciso del actual artículo 19 es claro al señalar que "el monto de ésta indemnización será evaluado incidentalmente por el tribunal que conoce de la causa". Surge asimismo como evidente que no sólo se trata de otra indemnización no tarifada y compatible con la de ordinaria aplicación, sino

que en este aspecto puede y debe llegarse a ponderar el daño moral, que tendrá a no dudarlo incidencia relevante en la materia.

La actual precisión en la tasa de interés a agregar a la indemnización por despido, previo reajuste, era una aclaración necesaria. Además, la fórmula que se establece, el máximo interés permitido para operaciones reajustables se hace coincidir, como parte de la reforma, con el que según el artículo 71 del Decreto Ley N° 2.200 rige para otras prestaciones laborales adeudadas, enmendando la anterior discordancia entre ambas materias.

Procuraremos efectuar algunas consideraciones sobre las normas transitorias de la Ley N° 18.372. Antes, es nuestro propósito exponer algunos problemas concretos a que la regulación vigente ha dado lugar, por sobre los deseos de ordenación definitiva que seguramente inspiraron al legislador del mismo texto.

No podremos, obviamente, porque sería jactancia, agotar la problemática del tema y, mucho menos, consignar soluciones como definitivas. Pero creemos que es importante en sí detectar, siquiera, algunos de los vacíos, entorpecimientos y contradicciones resultantes.

Desde luego, teniendo en vista que el artículo primero transitorio de la Ley N° 18.018 asigna a los trabajadores llamados "antiguos", es decir contratados antes del 14 de agosto de 1981 "el régimen de terminación individual del contrato de trabajo establecido en las disposiciones permanentes del texto primitivo del Decreto Ley N° 2.200 de 1978", se producen variadas consecuencias que, muy probablemente, exceden la voluntad legislativa, pero que nos obligan terminantemente según las reglas de interpretación del Código Civil.

Así, los finiquitos de trabajadores antiguos sólo podrían ser convalidados con la firma del presidente del sindicato, del delegado del personal o del inspector del trabajo. No podrían intervenir a su respecto los ministros de fe que se agregaron por modificaciones del texto primitivo del Decreto Ley N° 2.200.

Afirmación similar corresponde sustentar en relación a los desahucios ejercidos por esa clase de trabajadores.

En otro sentido, aunque parezca un absurdo, los trabajadores contratados según el texto originario del decreto ley siguen careciendo de derecho formal a reclamación por despido si éste se funda en conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato o en fuerza mayor. Esta importante omisión se corrigió en la Ley N° 18.018 para trabajadores "nuevos", pero no se tuvo en vista la dictación de una disposición transitoria para los anteriores. Con todo creemos que, planteada la controversia por el trabajador afecto a la limitación legislativa señalada, los Tribunales no podrían denegarla por una imperfección que ya hemos calificado

de simplemente formal. La competencia judicial está reconocida por el artículo 5 del Decreto Ley N° 3.648 y la necesidad de resolver operaría en todo caso por el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

Otra imperfección priva a los antiguos trabajadores de ejercer posibles acciones por despido malicioso en los términos del artículo 14, numerando primero, o del artículo 15 del decreto ley en comento. Es la orientación del Derecho Social que las reparaciones tarifadas sólo pueden excederse cuando la ley lo previene, como es el caso de la indemnización de daños efectivos, aun los de índole moral, que autoriza para accidentes del trabajo causados por culpa o dolo del empleador el artículo 69 de la Ley N° 16.744. Sustentar la posición contraria significaría teorizar tratando de llevar el problema a las vías del Derecho Civil, en juicio ordinario de esta índole, y va muy lejos del simple incidente que la ley laboral autoriza promover a los trabajadores nuevos.

Otra inconsecuencia grave que surge del mismo paralelo entre los dos grupos de trabajadores es la que se ha originado con la reciente derogación del artículo 44, inciso primero, del Decreto Ley N° 3.648 que contemplaba en términos generales, para todo trabajador, el plazo de 30 días hábiles para interponer reclamos o demandas fundados en la terminación del contrato. La Ley N° 18.372 ha incorporado el mismo plazo al texto vigente del artículo 19 del Decreto Ley N° 2.200 pero, obviamente, ésa no es la normatividad que hay que tener en vista en el contexto del régimen de extinción del vínculo laboral de trabajadores antiguos. Estos, por consiguiente, han quedado ajenos a ese plazo, que doctrina y jurisprudencia han calificado como de caducidad, y sólo estarían afectos para el ejercicio de sus acciones en dicha materia al término usual de prescripción de seis meses según el artículo 163 del mismo decreto ley.

En diferente alternativa a que nos obliga la duplicidad de regímenes en estudio, resulta de orden literal que la separación provisional sólo está autorizada en el artículo 22 del decreto ley para trabajadores nuevos y que, en el caso opuesto, sólo podría solicitarse una resolución similar según las normas generales del Derecho Procesal. Es consecuencial que esa separación perderá toda trascendencia jurídica ante los efectos de la sentencia definitiva ejecutoriada. Si no prospera la acción de desafuero la reincorporación es indispensable; si dicha acción se acoge, el trabajador deja definitivamente de pertenecer a la empresa. Es así que el inciso final del mismo artículo 22, al expresar que "si por sentencia firme se determinare que el trabajador sujeto a fuero no ha incurrido en causal de terminación o de caducidad, la medida que se hubiere adoptado no producirá efecto alguno", se está refiriendo justamente a la medida de separación provisional. Este inciso, al incluir conjuntamente las expresiones "terminación" y "caducidad" es de carácter amplio y orientado a los efectos procesales del fallo. Ya no se refiere la norma, como en la primera versión del decreto ley, sólo al evento de caducidad, que estaba entonces previsto para la medida que de plano podía y puede ejercer un emple-

ador respecto de un trabajador supuestamente incurso en las graves causales de extinción contractual del artículo 15.

Con todo, es evidente que hay dos casos de reincorporaciones fundadas en fuero o inamovilidad que deben preocuparnos y que emanan de resoluciones judiciales. Por una parte las que pongan remedio a las separaciones de facto originadas en la arbitrariedad de un empleador sin alguno de los motivos señalados en el citado artículo 15. Y, por otra parte, precisamente, las reincorporaciones que sean resultado de sentencias ejecutoriadas favorables a trabajadores que hubieran sido suspendidos durante el juicio. ¿Cómo se hacen cumplir estas resoluciones? La derogada Ley N° 16.455 contemplaba un sistema de aplicación de multas al empleador, susceptible de reiterarse indefinidamente, por lo menos para los casos de fuero fundado en representación laboral. Hoy existe un vacío sobre el particular. Sin descartar que pudiera configurarse un desacato, podemos recordar la posición que sustenta la tesis de que el contrato de trabajo se mantiene plenamente y el empleador debe seguir remunerando en forma indefinida. Esta sugerencia no soluciona plenamente la ausencia de norma, ni mucho menos los efectos que justamente se producirían si el trabajador detenta un cargo en interés del grupo laboral. Por otra parte, como suele advertirse en las demandas por violación de fuero, los trabajadores se manifiestan más interesados en que el período de ese fuero se indemnice que en forzar reincorporaciones. Y ello nos lleva a enfrentarnos con otro tropiezo legal. ¿Es compatible la indemnización del fuero con la indemnización por años de servicios? El artículo 18 del Decreto Ley N° 2.200 parece ser una valla insalvable en contrario, al no aceptar duplicidad de indemnización salvo los casos expresos de la que además corresponda por compensación de la falta de preaviso, en el caso del desahucio, o de haberse generado derecho a indemnización integral por la imputación dolosa de causales de despido ya reseñada. Sin embargo, en una secuencia que nos parece sustentable, la indemnización de fuero se originaría como consecuencia de vulnerar el empleador una norma prohibitiva relativa a su irrestricto respeto y esa reparación no tendría exactamente su fuente en la terminación del contrato. Esta terminación y su indemnización común se originarían en la calificación judicial de los hechos que permitiría asimilarlos a un despido que, en Derecho nunca pudo tener calidad de tal ni existencia válida, pero que el Tribunal no puede dejar patrimonialmente impune. Aceptar que la indemnización general de terminación de contrato y la pertinente al fuero sean incompatibles significaría incluir la eventual indemnización por vulneración de inamovilidad en el artículo 18 del decreto ley, circunstancia que manifiestamente nunca estuvo en la orientación de la norma.

En relación también con las imperfecciones de la normatividad sobre fuero, cabe señalar que se ha omitido hacer claridad legal definitiva sobre el que pueda invocarse por aplicación de la Ley de Medicina Curativa y crear un fuero específico para los trabajadores que, primero ante el inspector del trabajo, en gestión notoriamente jurisdiccional y luego por medio de un recurso ante el Tribunal competente, impugnen el ejerci-

cio del *jus variandi* que asiste al empleador en orden a modificar naturaleza de las faenas, lugar o jornada de las mismas.

El tema del fuero, en sus aspectos vigentes, nos merece aún dos consideraciones. Por una parte, la exagerada rigurosidad de exigir el juicio de desafuero en el caso de término del plazo del contrato, en circunstancias que tal hecho se ha admitido como causal suficiente, máxime que para un caso aislado, el de fuero derivado de negociación colectiva, el artículo 64, inciso segundo, del Decreto Ley N° 2.758 permite prescindir de la gestión; y, por otra parte, la rigurosidad normativa de la etapa de desafuero como estrictamente previa al despido, en circunstancias que puede haber casos, como el desconocimiento de la inamovilidad por parte del empleador en el que pudiera ser admisible la reconvencción en el mismo juicio de reclamación que el trabajador intentare.

Expresamos que el despido no depende en su validez de requisitos externos. La inserción del artículo 15-A en el tantas veces citado Decreto Ley N° 2.200 ha originado dudas por cuanto se señala expresamente que la falta o falsedad del estado de las imposiciones previsionales del trabajador no afecta a la validez de la terminación del contrato. A contrario sensu, se puede suponer, la falta del aviso escrito de extinción contractual que se exige en el mismo precepto implicaría nulidad. No coincidimos con tal apreciación. Si se revisa el aludido artículo en su inciso primero se advierte que la manifestación de voluntad unilateral del empleador mantiene su imperio y efectos, lo que no se contradice con el mandato legal de comunicación al afectado, en concordancia con el progresivo debilitamiento del llamado carácter no formalista del Derecho Laboral. Lo que afirmamos es que no se trata de una solemnidad. Hay un claro paralelo con el nacimiento del contrato que se origina consensualmente, aunque nadie niegue la importancia del mandato legal en orden a escriturarlo. La terminación de ese mismo contrato inviste igual duplicidad.

Es tal la imperfección de la legislación del tema que nos ocupa que lleva a ocasionar inesperadas sentencias. En la revista Nueva Gaceta, año 6, volumen sexto, número 5, página 77, aparece un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el que se lee que los referidos trabajadores antiguos no podrían invocar en apoyo de indemnizaciones sin límite de monto contratos de trabajo anteriores al 15 de junio de 1978, fecha del inicio de la vigencia del texto primitivo de ese decreto ley, en razón de que sostener lo contrario implicaría asignar a esa normatividad un efecto retroactivo que no ha sido previsto ni autorizado. Por ende, tales trabajadores, cualquiera que fuere su antigüedad anterior a junio de 1978, tendrían que regirse por el decreto ley ya modificado por la Ley N° 18.018 y acatar el límite de 150 días de indemnización. Por la vía del recurso de queja la Excelentísima Corte Suprema invalidó esa parte de la sentencia pero invocando, con error, el artículo 4 transitorio del Decreto Ley N° 2.200 que para el evento señalado nos remite a la Ley N° 16.455, sin reparar que a la fecha de sentenciar ya aquella ley había sido expresamen-

te derogada. Sin embargo, esta confusión la podemos estimar como accidental. Simplemente si el Decreto Ley N° 2.200 originario ha pasado a tener efecto retroactivo, hay mérito legal para ello.

En las reformas de diciembre último constan dos plazos de 30 días cuya fecha u oportunidad de inicio no ha sido precisada. Nos referimos al término para reclamar judicialmente de la supuesta injustificación del despido y al plazo para el ejercicio del despido indirecto por parte del trabajador que implica también igual lapso para demandar. En el primer caso, nos inclinamos por mantener, ahora como interpretación, la época de terminación de la relación laboral o de los servicios, precisión que antes se hacía en el Decreto Ley N° 3.648, sin que aparezcan fundamentos para innovar. En el segundo caso, cuando el trabajador ejerce la terminación del contrato, creemos poder sostener que el plazo debe contarse desde un hecho externo susceptible de prueba, que no podrá ser otro que el último día de desempeño laboral. Optar por el día en que se entregue o se remita aviso de cesación al empleador presenta, además, inconvenientes de precisión y de orden probatorio. Es conclusión natural que el trabajador remitirá con premura o inmediatez los avisos que sean pertinentes para enervar un eventual despido por ausencia al trabajo.

En la nueva normatividad, que aporta la Ley N° 18.372, nos resta aún considerar, en este examen general, dos órdenes de materias.

En primer lugar, tener en vista que la incorporación del nuevo artículo 17 del Decreto Ley N° 2.200 está destinado a regular el pago anticipado de la indemnización convencional o legal por años de servicios a trabajadores contratados a contar del 14 de agosto de 1981. Se exige, para estos efectos, pacto expreso entre las partes del contrato laboral, que el pago no exceda, en cada año, de un monto equivalente a quince días de la remuneración mensual devengada en la época en que se efectúe y que ese pago se haga de una sola vez en la respectiva anualidad. En otros términos, se permite abonos paulatinos de hasta el 50 % de la indemnización en cada año. Al término del contrato la imputación se hará en función de período indemnizado y no de un simple descuento de valores. Sólo corresponderá así pagar, si procediere, el lapso servido que resulte pendiente al extinguirse el contrato. Los anticipos en cuestión no estarán sujetos a restitución, cualquiera que sea la causa de terminación contractual aplicable.

En segundo término, es indispensable hacer mención de las principales normas transitorias de la Ley N° 18.372 que culminan la configuración del complejo y controvertible régimen de terminación de contrato individual de trabajo en vigencia. Desde luego se excluye a los que hemos denominado trabajadores antiguos de la aplicación de la causal de término de contrato por necesidades de funcionamiento de la empresa, para lograr analogía con los trabajadores posteriores. Alguien podría observar, con bastante fundamento, que no está normada la situación de trabajadores contratados entre las fechas de vigencia de las leyes N° 18.018 y

N° 18.372 en lo que a aplicación de esa causal de terminación atañe. Se nos dice, además, en lo transitorio que los trabajadores antiguos deberán regirse, en lo atinente a despido indirecto, por el nuevo procedimiento que la Ley N°18.372 crea. En el mismo artículo primero transitorio se previene también la forma y montos de pago anticipado de indemnizaciones para casos no previstos en el artículo 17 del texto permanente en vigor.

Sin embargo, los aspectos más remarcables de la transitoriedad se encuentran en el artículo segundo. Se respeta como irrevocablemente indemnizados los períodos que anticipadamente se hubieran cubierto y pagado por la vía convencional, en cualesquiera de los montos que fueron resultado de las libres estipulaciones que permitían el artículo 16 del Decreto Ley N° 2.200 y el artículo primero transitorio de la Ley N° 18.018, el primer caso en el plano de los pactos individuales y el segundo en el de las convenciones colectivas. En cambio, se priva de eficacia, según la expresión utilizada por el legislador a aquellos pactos indemnizatorios celebrados antes de la reciente ley en cuanto no establecieren derechos a lo menos iguales en cuantía a los previstos en el Decreto Ley N° 2.200, acorde a su texto actual.

En el restablecimiento del principio protector al trabajador han resultado así ineficaces las numerosísimas cláusulas de contratos laborales en las que se establecía indemnizaciones de sólo algunos días de remuneración por cada año de servicio. Y ello, con efecto claramente retroactivo. Los alcances de esa retroactividad en materia constitucional nos merecen reserva por aparecer vulnerado, de tal modo, el derecho de propiedad del empleador.

Con prescindencia de la exégesis de algunas otras normas transitorias de complementación, es dable afirmar que en la Ley N° 18.372 encontramos una manifiesta orientación en orden a proponer el pago anticipado de la indemnización.

Por sobre las ventajas del momento que ello pueda significar al trabajador, estimamos preferible el sistema que nos presenta la legislación social ecuatoriana, en cuyas normas se constituye un Fondo de Reserva o de Trabajo Capitalizado a través del monto que se forma con un mes de remuneración por cada año de trabajo que debe enterar el empleador y que, revestido de los debidos resguardos jurídicos, se entrega al interesado al término de la relación laboral, prescindiendo de la causal de extinción del contrato. Se pasa a concordar así con quienes ubican las prestaciones de término de contrato en una instancia coadyuvante de la Seguridad Social o integrante de ella.

Es digno de observar como inclusive en el área latinoamericana nuestro país, que fue otrora en el consenso general el de más avanzada legislación laboral, debe buscar hoy ejemplos ilustrativos. Más contradictorio resulta si se recuerda que precisamente Ecuador comenzó como jurídicamente seguidor de nuestra normatividad privada fundamental.