

N° 187
AÑO LVIII
ENERO - JUNIO
1990

ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

LAS NECESIDADES DE LA EMPRESA EN LA LEY 19.010

MARIO ROMERO GUGGISBERG
Prof. Derecho del Trabajo
Universidad de Concepción

1. Antecedentes

Entre las reformas más trascendentes que se advierten en la Ley N° 19.010 que contiene la nueva normativa sobre terminación de contrato de trabajo y estabilidad en el empleo, publicada en Diario Oficial de 29 de noviembre de 1990, se encuentra la inclusión de la causal de despido fundada en las necesidades de la empresa, que es nuestro propósito analizar.

Dicha causal, enunciada bajo las expresiones "necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio", tuvo vigencia en el texto de la Ley N° 16.455, de 1966, (artículo 2° N° 10) y del D.L. N° 2.200, de 1978, (artículo 14, inciso final), en este último caso, hasta la dictación de la Ley N° 18.372, de 1984, en cuya virtud fue derogada.

Conviene dejar establecido que los textos recién indicados la regularon con modalidades y alcances diferentes a la normativa vigente, según se expondrá.

Refiriéndose a las innovaciones sobre el punto, en el Primer Informe de las Comisiones Unidas del Senado de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Trabajo y Previsión Social, se registra la intervención del señor Ministro del Trabajo y Previsión Social, don René Cortázar Sanz, quien, ilustrando el tema, precisa que se ha tenido tal espíritu innovador al describir, aunque por la vía ejemplar, cuáles son "las necesidades" que habilitan el despido, agregando que la iniciativa del Ejecutivo propone establecer un esquema en el cual el despido por necesidades de la empresa, cuando es justificado, tenga una indemnización de un mes por año de servicio, pero en que, junto con esa indemnización, el trabajador reciba una razón objetiva de su despido, y, si el despido no tiene fundamento alguno, esta circunstancia ocasione un mayor costo que aquel que sí tiene fundamentos de hecho.

Además, en el Mensaje con que el Presidente de la República envió al Senado el correspondiente proyecto, quedó consignado que la causal a que aludimos se establecía "en reemplazo" de la norma del artículo 155 f) del Código del Trabajo, que atribuía al empleador la facultad de poner término a los servicios en forma discrecional, sin expresión de causa, en virtud del desahucio.

Cabe, asimismo, recordar como antecedente, el hecho de que, al promulgarse la Ley N° 16.455, se precisó haber tenido en consideración la Recomendación N° 119 (1963) de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo epígrafe II. 2.1 señalaba que "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 de funcionamiento de la empresa, establecimiento o del servicio.

Esta misma orientación fue elevada al rango de Convenio de la misma organización, el 22 de junio de 1982, con el número 158, cuyo artículo 4° reitera textualmente lo recién transcrito.

Así las cosas, ha de llamar profundamente la atención la circunstancia, constatada, de que no hubo, en la discusión parlamentaria, una mayor consideración o referencia al contenido de dicho convenio.

2. *Regulación de la Organización Internacional del Trabajo*

Como ha quedado expresado, en 1963 la OIT adoptó la Recomendación N° 119 sobre "terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador". Este instrumento alude, por primera vez, a "las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio" como causal legitimante de despido, si bien su tenor sólo excluye de la "protección de ingresos" que propugna para el despido —por la vía de un seguro de desempleo, otras formas de seguridad social, indemnizaciones pagadas por el empleador o aun, una combinación de tales prestaciones— al despido originado en "falta grave", contemplándose, en todos los casos, el derecho a un preaviso razonable o una indemnización compensativa de su omisión, salvo para la situación recién enunciada.

Resulta pertinente puntualizar que, en la época de adopción de tal Recomendación, campeaba irrestrictamente en las legislaciones nacionales el principio de estabilidad en el empleo, aunque adoptado con intensidad variable. Por ello, el reconocimiento en este instrumento de la causal que abordamos constituyó, en nuestro concepto, una de las expresiones pioneras de las tendencias flexibilizadoras, tan en boga hoy en los ordenamientos laborales, en la producción de la doctrina y en la discusión y formulación de las políticas correspondientes. Flexibilización, lo sostenemos, porque las "necesidades de la empresa" no vienen sino a representar un grado claramente menos intenso en su tipificación que el "caso fortuito o fuerza mayor", causal ésta que los ordenamientos nacionales contemplan como apta para legitimar un despido, en la generalidad de los casos.

La Recomendación N°119, en su epígrafe III, bajo la denominación de "Disposiciones Complementarias sobre la Reducción de Personal" sugiere, en clara asociación con los despidos fundados en la causal que analizamos, la adopción por "las partes interesadas" (trabajadores, empleadores y Estado) de mecanismos coadyuvantes a los efectos de prevenir o limitar en todo lo posible los efectos de tales reducciones. En tal sentido, propugnó instancias de participación de los trabajadores —en grados de información y consulta— precisando su oportunidad y contenido y fijando, asimismo, pautas o criterios para la selección de los afectados. Finalmente, para la situación en que la reducción de personal fuere de tal amplitud que pudiese tener importantes repercusiones en la situación de la mano de obra de una región o de una rama de actividad económica determinada, instaba a que el empleador, antes de proceder a los despidos, los pusiera en conocimiento de las autoridades públicas competentes.

A estos últimos respectos, la Recomendación que comentamos no fue adoptada por nuestra legislación, aunque conviene recordar que a la fecha de promulgación de la Ley N° 16.455 regían, respecto de los obreros, las normas sobre despido colectivo y paralización de empresas contenidas en el artículo 86 del Código del Trabajo de 1931, consagratorias de algunos de los resguardos referidos. De otra parte, el Decreto Reglamenta-

rio de dicha Ley, N° 464 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1967, que, en lo pertinente, tuvo escasa aplicación práctica, propiciaba la incorporación en el Reglamento Interno de la Empresa de procedimientos tendientes a solucionar los reclamos de los trabajadores que tuvieran origen en la terminación de los contratos de trabajo; obligaba a los empleadores a poner en conocimiento del trabajador y de la autoridad del trabajo, con 30 días de anticipación los despidos fundados en las necesidades de la empresa y facultaba a las Inspecciones del Trabajo para intentar un avenimiento cuando las partes hubieran fracasado en la gestión conciliatoria directa.

Expresado en términos escuetos, tanto las reglas sobre despido colectivo como los procedimientos conciliatorios normados por el D.S. N° 464 representaron, en su época de vigencia, paliativos de la no adopción por nuestra ley de los mecanismos de publicidad y de participación de los trabajadores a que se refirió la Recomendación N° 119, para la situación de reducciones de personal fundadas en necesidades de la empresa.

En su sexagésima octava reunión, verificada en 1982, la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio N° 158 y la Recomendación N° 166, ambos instrumentos relativos a la "terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador". Por expresa disposición del Convenio, ambos textos reemplazan a la Recomendación N° 119.

Los criterios flexibilizadores se hacen ostensibles en cuanto se consigna, en las motivaciones del mismo, que "desde la adopción de la Recomendación sobre terminación de trabajo, 1963, se han registrado novedades importantes en la legislación y la práctica de numerosos Estados Miembros relativas a las cuestiones abarcadas por dicha Recomendación", agregándose que, "en razón de esas novedades es oportuno adoptar nuevas normas internacionales en la materia, habida cuenta en particular de los graves problemas que se plantean en esta esfera como consecuencia de las dificultades económicas y de los cambios tecnológicos sobrevenidos durante los últimos años en un gran número de países".

En lo que estrictamente nos interesa, y a pesar de la reserva anterior, en líneas generales, con la salvedad de aspectos puntuales, el Convenio N° 158 mantiene el contenido de la Recomendación N° 119, ya descrito, incluso en lo referente a la asociación con la institución de "reducción de personal" sólo que en aquél se reemplaza tal denominación por las expresiones "terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos", reservándosele también un párrafo específico.

La Recomendación N° 166, por su parte, tiene la novedad de que, en lo relativo al último acápite del párrafo precedente, abunda en la descripción de mecanismos de consulta, de medidas para evitar o limitar al máximo los despidos, describe criterios de selección de los eventuales afectados y les reconoce prioridad de readmisión en la respectiva empresa.

Efectuado el análisis, aunque somero, de una tal regulación internacional, pensamos que se patentiza nuestro déficit normativo sobre nuestro tema específico, y que adquiere, asimismo, especial connotación, la circunstancia de que el contenido de aquélla no haya sido debidamente considerado ni en el proyecto enviado por el Ejecutivo ni en las instancias parlamentarias correspondientes a la discusión de la Ley N° 19.010.

3. La causal en su época anterior de vigencia y la evolución de su interpretación jurisprudencial

Hemos adelantado ya que se advierten ostensibles diferencias entre el tratamiento

que se dio a la causal en estudio bajo su vigencia anterior y el que se advierte en la ley actual.

Las principales innovaciones dicen, resumidamente, en nuestro concepto, relación con los siguientes tres aspectos: a) el nuevo texto enuncia, aunque en forma no taxativa, hechos o circunstancias que podrían llegar a tipificarla; b) el empleador resulta ahora, en todo caso, obligado a indemnizar al trabajador con una antigüedad de un año o más, cuando funde el despido en ella; y c) el preaviso, cuya omisión posibilitaba con anterioridad sólo la aplicación de una multa administrativa, puede, de momento, ser sustituido por una indemnización en favor del trabajador, equivalente a 30 días de su última remuneración mensual devengada.

La carencia de precisión en la Ley N° 16.455 y en el D.L. 2.200, en cuanto a "las necesidades" que el empleador podía invocar para proceder al despido sin derecho a indemnización, determinó que los tribunales asumieran la interpretación requerida, produciéndose una notoria evolución jurisprudencial.

En un primer período, sólo se dio cabida a las necesidades de funcionamiento de carácter técnico, descartándose aquéllas impuestas por motivos económicos¹.

En época posterior, pasa a admitirse como tipificantes a las necesidades económicas. En efecto, partiéndose del supuesto fundamental de que el empresario toma sobre sí el riesgo de ganancia o pérdida —que es inherente a la actividad lucrativa que realiza—² y entendiendo, por ende, que las fluctuaciones transitorias o circunstanciales del mercado y que la baja de utilidades o la inexistencia de ellas, o el deterioro económico de la empresa no eran suficientes por sí para dar por configurada la causal, los fallos pasan a calificar los indicados avatares financieros, exigiendo permanencia y gravedad en ellos para que pudiera estimárseles codeterminantes en la configuración³. Sin embargo, a partir de los años 80, los criterios flexibilizadores o de desregulación impuestos por la penetración en nuestro Derecho Laboral de doctrinas economicistas neoliberales, estimulados por la recesión económica, adquieren también expresión jurisprudencial haciéndose

¹ "La causal... sólo se refiere a las necesidades de funcionamiento de carácter técnico de la empresa. Es decir, aquellos que impone el ritmo del avance tecnológico de las actividades comerciales e industriales, como en el caso de que una empresa determinada se viera en la necesidad de despedir parte de su personal por haber readaptado su aparato técnico o instalaciones, a fin de quedar con ello en igualdad de condiciones con sus similares en la competencia del mercado, pero no a cualquier evento que provoque una baja en las utilidades o un deterioro económico de la empresa". (C. Suprema. 16.03.71. Recurso Club de Deportes Colo Colo).

"La disminución de personal motivada por supresión de la sección por razones técnicas es justificada. La motivada por conveniencias económicas, no lo es, pues no parece aceptable que ella se haga a costa de provocar cesantía de parte del personal". (C. Suprema. 12.05.70. Recurso Bonet y Parragué S.A.)

² "Los gestores de una actividad lucrativa, cualquiera que ella sea, toman sobre sí el riesgo de ganancia o pérdida que le es inherente, sin que pueda pretenderse que ocurrido un evento que provoque una baja en las utilidades o un deterioro económico en la empresa, deba participar en él el trabajador que es ajeno a los hechos que la produjeron, y que no ha tenido injerencia alguna en las decisiones tendientes a evitarlos". (C. Suprema. Enero 1971).

"No puede invocarse las necesidades de funcionamiento de la empresa, en un despido, si estas necesidades no constituyen más que el riesgo natural que debe soportar quien pone en movimiento una actividad empresarial". (C. Suprema. 13.04.81).

Los fallos consignados en las citas 1 y 2 fueron incluidos en un trabajo sobre el tema publicado en *Boletín de la Asociación de Abogados Laboristas A.G.* Año 1, N° 1, sin que se consigne el nombre de su autor ni su fecha de edición.

³ "Las necesidades de orden económico, para que puedan considerarse como configurativas de la causal justificada de terminación de contrato, como lo ha resuelto en reiteradas ocasiones la jurisprudencia, deben ser graves y por un lapso prolongado, no justificando esta causal el mal estado momentáneo de los negocios, pues ello es un riesgo al que está expuesto todo comerciante o industrial y que, por lo tanto, no puede significar un

notoriamente menos intensas las exigencias anteriores, hecho éste que marca una nueva etapa en la evolución a que nos referimos⁴.

En otro sentido, se mantuvo constante, en esas interpretaciones, la exigencia de que la causal estuviere revestida de objetividad, esto es, que resultare del todo ajena al arbitrio, voluntad o culpa del empleador. Estimamos que, a este respecto, jamás podrá tener cabida una posición distinta. Así, el cierre de actividades por decisión del empleador o el mal estado de los negocios por conducción ineficiente, imputable a la parte empresarial, nunca podrá convalidar despidos⁵.

perjuicio para el trabajador, quien es ajeno a la conducción económica de la empresa.

La disminución de las ventas es también uno de los riesgos que el empresario debe soportar, tal como se beneficia con los aumentos, por lo que es necesario que ésta no sea un mero efecto transitorio de la contracción económica, sino que tenga visos de una prolongación más o menos duradera para ser considerada como causa justificada de terminación". (C. Suprema. 10.10.77. Rec. Carteras Lifshitz Ltda. Misma fuente señalada anteriormente).

"La mala situación económica ocasional que puede experimentar el empleador no constituye, por sí sola, causal bastante que justifique el despido de los trabajadores. Para que opere esta causal es menester que la mala situación sea de gravedad y de cierta duración". (C. del Trabajo de Santiago. 5.10.76. Rec. Peñaloza. En: Díaz Salas, Juan. Código del Trabajo. Tomo XVIII. Pág. 88).

"Si bien es cierto que un solo balance desfavorable no es índice suficiente para justificar el despido de un dependiente, cuando se demuestra que la producción del empleador ha bajado en un 80% a 90%, no puede menos que concluirse que no está en condiciones de mantener el personal habitual ni mucho menos". (C. Suprema. 25.11.76. Rec. Valderrama. En: Díaz Salas, Juan. Código del Trabajo. Tomo XVIII. Pág. 88).

⁴ "Debiendo una empresa, para mantenerse en funcionamiento, eliminar los gastos innecesarios, máxime en las actuales circunstancias de recesión mundial, el despido de personal que ya no tiene labores útiles que prestar, es una necesidad de funcionamiento de la empresa, lo que resulta fácil comprender si se estima que los gastos inoficiosos pueden acarrear la ruina de la industria, con daño para los demás que de ella viven y para la economía nacional". (C. Trab. Stgo. 6.10.82. Toledo con Inmetal. En: Díaz Salas, Juan. Código del Trabajo. Tomo XXIII. Pág. 36).

"Para que opere esta causal no es menester que la mala situación financiera de la empresa sea de tal permanencia que su término no se divise ni aun a largo plazo y que se produzca conjuntamente con carencia de producción, cierre de fábrica o falta de operatividad, porque es obvio que en tan crítica situación no cabrían ya medidas destinadas a lograr un posible buen funcionamiento de la empresa, sino que sería el momento de solicitar su cierre o de soportar su quiebra". (C. Trab. Stgo. 30.11.78. Cabrera con Termokohn S.A. En: Díaz Salas, Juan. Código del Trabajo. Tomo XX. Pág. 30).

⁵ "La caducidad de los servicios por necesidades de la empresa se produce cuando la terminación de la empresa en que prestan sus servicios se produce forzosamente, pero no cuando emana de un acto voluntario de su propietario del cual obtiene provecho". (Corte Suprema. 10.06.76. En: Díaz Salas, Juan. Código del Trabajo. Tomo 86).

"El simple hecho de vender la máquina operada por el reclamante no constituye, por sí sola, causal de despido si no median otras circunstancias concurrentes". (Corte Suprema. 12.06.75. En: Díaz Salas, Juan. Código del Trabajo. Tomo XVII. Pág. 84).

"El simple cierre del negocio no es suficiente para acreditar que se ha procedido al despido por necesidades de la empresa; pues ello significa dejar esta causal al capricho del empleador a quien le bastaría un acto unilateral para privar a sus dependientes de la indemnización que pueda corresponderles si el mal estado de los negocios no fuere de cierta permanencia o de tal gravedad que pudieren determinar esa medida". (Corte del Trab. de Stgo. 30.04.76. Rodríguez y otros con Araya. En: Díaz Salas, Juan. Código del Trabajo. Tomo XVII. Pág. 85).

"Es indudable que el legislador al contemplar como causa justificada de terminación de los contratos de trabajo el mal estado de los negocios del empleador, ha atendido al hecho de que este mal estado se haya debido a causas del todo ajenas a la voluntad del empleador y que escapen de su control, como sucede, por ejemplo, en los casos de restricción del mercado, ausencia de materia prima, etc.; pero no de aquellos que provienen de su propia culpa o negligencia. No puede invocarse el mal estado si éste proviene, precisamente, del descuido tenido por el empresario, quien no tomó las providencias del caso para que se produjeran los hechos delictuosos que lo llevaron al estado de falencia, pues nadie puede aprovecharse de su propia culpa. (Corte Suprema. 5.04.79. Rec. Caks. En: Díaz Salas, Juan. Código del Trabajo. Tomo XX. Pág. 29).

Según se expuso al comienzo, de la Ley N° 16.455, la causal pasó luego a incorporarse al D.L. 2.200, del año 1978, quedando consignada en el inciso final del artículo 14 del texto original.

Durante su vigencia pretérita, ante su profusa invocación, y en la medida que los criterios jurisprudenciales se fueron haciendo cada vez menos exigentes para calificarla, vino este fundamento de despido siendo objeto de crecientes críticas, fundadas ellas, entre otras razones, en el hecho de que, siendo el trabajador absolutamente ajeno a los hechos constitutivos de la causal, podía ser despedido sin indemnización alguna, y no obstante la exigencia legal, generalmente sin preaviso, hecho que en nada lo favorecía.

En lo formal, el D.L. 2.200 incurrió en el error de incluirla como inciso final de su artículo 14, que se refería a las causales de caducidad, todas ellas de alcance subjetivo.

La Ley N° 18.372, de 17 de diciembre de 1984, que representó una reacción notoria frente a las exacerbaciones de desregulación impuestas por la Ley N° 18.018, vino, finalmente, a derogar aquel inciso, poniendo fin a la posibilidad de despedir por necesidades de funcionamiento de la empresa. La abrogación fue absoluta en el sentido de que la causal no pudo siquiera invocarse, por clara precisión legislativa, tratándose de trabajadores contratados antes del 14 de agosto de 1981, fecha en que entró en vigencia la Ley N° 18.018, no obstante que en la Ley N° 18.372 se estableció que las normas permanentes del D.L. 2.200 continuaban aplicándose a aquellos trabajadores.

4. Algunos alcances en relación al presente período de vigencia

El enunciado de la causal en la nomenclatura de la Ley N° 19.010 trae consigo la necesidad de una primera aclaración semántica: ya no se trata de las "necesidades de funcionamiento de la empresa..." —expresiones éstas adoptadas por el Convenio 158 y la Recomendación 166—, sino derechamente de las "necesidades de la empresa, establecimiento o servicio". Cabe luego preguntarse ¿habrá existido alguna razón para innovar en el enunciado respecto del período anterior de vigencia y respecto de la regulación internacional? La discusión parlamentaria ni el Mensaje ilustran sobre el particular.

Creemos nosotros que el concepto, así expresado, pudiera permitir una interpretación de la norma en cuanto a que la cesación total o parcial de las actividades de la empresa pudiera dar margen a la terminación de los contratos individuales de todos o parte de los trabajadores de ésta en función de necesidades acreditadas. Bajo el texto anterior, la jurisprudencia había entendido que la expresión "funcionamiento" implicaba que las actividades de la empresa proseguían, con la sola exclusión de quienes resultaren afectos a la causal en referencia.

De otra parte, la utilización de las expresiones "establecimiento o servicio", también incluidas en la redacción anterior, deja en claro que determinadas áreas de la actividad de la empresa pueden resultar específicamente afectas a las necesidades que se invocan.

Señalamos precedentemente que la norma actual no es taxativa al enunciar algunos fundamentos fácticos que pudieran apoyar el despido. La locución "tales como" utilizada por la ley resulta suficientemente explícita sobre el particular. Con todo, las circunstancias que la misma disposición menciona sugieren que debe tratarse de contingencias de cierta gravedad, junto a las cuales cabrá considerar, además, los requisitos de objetividad y permanencia a que se aludió precedentemente con el correspondiente apoyo jurisprudencial, sin perjuicio de lo que luego señalaremos sobre el punto.

El artículo 3 de la ley enuncia la causal como "necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o mo-

dernización 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, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador".

El texto recién transcrito nos coloca en la situación de dilucidar si los nuevos criterios de interpretación habrán de ser similares a los adoptados por los tribunales en la época anterior de operatividad de la causal o si, por el contrario, habrán de variar.

Con relación a su no taxatividad, en el Primer Informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto, se dejó constancia que el texto vigente fija la causal de necesidades de la empresa "en mucho mayor medida que la Ley N° 16.455", conteniendo ejemplos que no son taxativos "pero que admiten otras situaciones análogas", agregándose que no se trata de una descripción exhaustiva, pero que "con ella se estrecha el margen de incertidumbre que bajo esa ley afectó tanto a la empresa como a los trabajadores".

Como otro elemento a considerar, para dilucidar la cuestión planteada, habrá de tenerse en consideración que sucesivas indicaciones presentadas durante la tramitación del proyecto, pretendieron hacer mayor precisión en lo relativo a la descripción de la causal. Entre ellas, cabe citar la presentada por un grupo de diputados que pretendió reemplazar en el inciso primero del artículo 3 la frase "racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía" por "racionalización o modernización tecnológica de los mismos, bajas en la productividad física, cambios significativos y no circunstanciales en las condiciones del mercado o de la economía que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la imposibilidad de adecuación laboral o técnica del trabajador".

Las Comisiones Unidas del Senado, durante la tramitación del proyecto, escucharon, en un programa especial de audiencias, a diversas organizaciones de trabajadores, de empleadores y de especialistas en Derecho Laboral. Entre éstas últimas, dio a conocer su posición respecto de la iniciativa la Asociación de Abogados Laboralistas A.G., cuyo Presidente, don Rodrigo Morales Ortega, fue de opinión similar a la expresada, en cuanto postuló el siguiente tenor para el artículo en cuestión, en lo pertinente: "...las que sean determinadas por las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Se considerarán como tales necesidades las que deriven de motivos económicos, tecnológicos, estructurales, de racionalización o modernización, siempre que tengan un carácter de permanencia y gravedad y que exista una directa relación entre el fenómeno invocado y el despido".

Consta asimismo del segundo informe de las Comisiones Unidas del Senado, que el senador Calderón hizo indicación en términos de consignar "una definición diferente y taxativa de la causal de necesidades de la empresa y que, básicamente, introduce un nuevo requisito para su procedencia como es la imposibilidad de reubicar al trabajador en otras funciones o de capacitarlo para otras tareas".

Desafortunadamente, en nuestra opinión, tanto la sugerencia de don Rodrigo Morales O., cuanto las dos indicaciones precedentemente consignadas, resultaron rechazadas.

No obstante el rechazo de la indicación del senador Calderón, creemos que, la debida correlación de las circunstancias adoptadas en la nomenclatura que resultó aprobada, nos demuestra que si el trabajador, por vía de ejemplo, es capaz de adecuarse a la modernización de la empresa, no podría ser despedido legítimamente invocando esta causal. La capacitación de los trabajadores será, así, una meta a aspirar con mayor énfasis, a través de la negociación colectiva u otros medios, con el respaldo de las organizaciones sindicales, de las propias empresas y del Estado.

Los antecedentes expuestos, y lo que reiteradamente se expresó en el Mensaje del Ejecutivo en la discusión parlamentaria, como asimismo en las intervenciones —ante el Parlamento— del Ministro del Trabajo, en orden a que la nueva normatividad pretendía mantener la capacidad de adaptación de las empresas a un mundo en que la tecnología y el funcionamiento de los mercados es muy variable, lo que requeriría asegurar la flexibilidad empresarial, nos mueven a augurar que los criterios de interpretación jurisprudencial habrán de ser ostensiblemente menos rigurosos que los que se dieron en la época anterior. Ello, creemos, se reafirma con el derecho a indemnización que, a diferencia de la regulación de la etapa precedente, reconoce el nuevo ordenamiento.

Claro está además —en nuestro concepto— que la causal que se examina podrá servir de fundamento al despido de un trabajador singular, posibilidad esta que estimamos no se daba bajo el imperio de las normas anteriores. Lo anterior tiene fundamento en el propio tenor del artículo 3.

5. *El régimen indemnizatorio*

Se ha expresado ya que una de las novedades que introduce la ley en comento incide en que atribuye al trabajador el derecho a percibir determinadas indemnizaciones cuando su despido tenga por fundamento esta causal.

Desde luego, en la regulación originaria, la omisión del preaviso no era indemnizable, sino que se sancionaba con multa administrativa. El artículo 3° de la ley vigente prevé un aviso anticipado de treinta días al trabajador, cuya omisión da derecho a éste a una indemnización, en dinero efectivo, substitutiva del aviso previo equivalente a la última remuneración mensual devengada.

En cuanto a la indemnización por años de servicios, el artículo 5° se remite, en primer término, a la que las partes hayan convenido individual o colectivamente, operando supletoriamente el régimen indemnizatorio legal. Este se traduce en 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 al mismo empleador y supone un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración para los trabajadores contratados a partir del 14 de agosto de 1981. El artículo 1° transitorio prescinde de ese límite con relación a los trabajadores cuyo contrato sea anterior a esa fecha. La forma de cálculo indicada no es aplicable respecto de trabajadores cuyas remuneraciones sean variables, en cuyo caso, se mantiene la necesidad de promediar los montos percibidos en los últimos tres meses.

Si mediando reclamo del trabajador, en virtud de estimar éste que la aplicación de la causal es "injustificada, indebida o improcedente, o que no se ha invocado ninguna causa legal", y éste fuere acogido por el Tribunal, el artículo 10 dispone un recargo del 20% para la indemnización por años de servicios, recargo este que, por expresa disposición del texto, no se aplica a la eventual indemnización por falta de preaviso, y que en términos del Proyecto, se había pretendido establecer en un 25%.

Todo lo que se ha consignado en cuanto al régimen indemnizatorio no opera sólo respecto de la causal "necesidades de la empresa", siendo aplicable a todas las causales de terminación de contrato previstas en la Ley N° 19.010.

El artículo 11 de la ley, en su epígrafe a), deja establecido que la comunicación que el empleador dirija al trabajador, invocando la causal específica que se analiza, y que por mandato del artículo 4°, inciso cuarto, debe contener precisamente el monto total a pagar por concepto de indemnización, supondrá una oferta irrevocable de pago de la mis-

ma. La recepción total o parcial del pago ofrecido o el instar por él a través de la presentación del correspondiente reclamo judicial, importará la aceptación de la causal, sin perjuicio del derecho del trabajador a reclamar las diferencias que estime se le adeuden, según se previene en la misma disposición.

Pensamos que cabría revisar la solución legislativa indicada, en cuanto recibir el pago o exigirlo judicialmente implica aceptar la causal invocada. Si se tiene presente, según se ha expuesto, que el hacer valer esta forma de terminación de contrato, desde ya significa asumir la indemnización señalada, el pago no debería obstar a que el trabajador pudiera en definitiva lograr, a través del litigio correspondiente, la diferencia de indemnización, que por vía de recargo del 20% dispone la ley, para los casos en que resultare infundada, injustificada, indebida o improcedente la causal en referencia. Es preciso remarcar, que esa eventual diferencia no es la que se alude en el inciso tercero de la letra a) del artículo 11, destinado a cautelar el derecho del trabajador a impugnar el cálculo efectuado por la parte empleadora, el que pudiere contener errores o inexactitudes por muy diferentes motivos, como por ejemplo, los que incidieran en la antigüedad del trabajador, monto de su última remuneración computable, aplicación de un determinado pacto indemnizatorio u otros.

6. Relación con el despido colectivo

El Proyecto presentado a la consideración del Congreso, sin pretender establecer un régimen regular del despido colectivo, como el que rigió entre nosotros hasta la dictación de la Ley N° 18.018, tuvo el propósito de asociar la utilización de la causal que abordamos a la institución recién señalada. Se consignaba en aquel que el despido fundado en necesidades de la empresa de más de 10 trabajadores al mes, con un margen de aumento, en función del número de trabajadores de la empresa, debería ser comunicado por escrito y con una anticipación de, a lo menos, 15 días a la respectiva Inspección del Trabajo. El incumplimiento por parte del empleador a esta obligación haría —en términos del Proyecto— inoponibles los despidos a los trabajadores, permaneciendo vigentes los contratos para todos los efectos legales y contractuales.

Esta pretensión, fue rechazada sucesivamente en las Comisiones Unidas del Senado y en la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Cámara de Diputados. Luego de algunas conversaciones entre el Ejecutivo con los partidos de oposición, la iniciativa, en este punto, terminó siendo retirada por éste.

El argumento de la oposición fue que ese aviso anticipado a los Servicios del Trabajo iba a crear situaciones tensionales dentro de las empresas.

Creemos, a este respecto, que la iniciativa pretendió establecer un paliativo ante la ausencia en nuestro ordenamiento de una regulación que asegure a los trabajadores instancias de participación, en términos de acceso anticipado y oportuno a la "información", aspecto éste expresamente contemplado —en relación a la terminación colectiva del contrato de trabajo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas— en los pertinentes instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo, a que hicimos referencia.

7. Las necesidades de la empresa y las licencias de salud

El artículo 3°, inciso final, de la Ley N° 19.010, en términos de disposición prohi-

bitiva, señala que la causal del rubro y el desahucio, en las situaciones excepcionales para las que este último se mantiene, no podrán ser invocados "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".

Es de celebrar que, por lo menos en las indicadas situaciones, se haya reparado un inexplicable vacío de la Ley N° 16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, en cuanto no reconoce fuero o inamovilidad a quienes hagan uso de licencia médica con fundamento en su texto.

Habrà de entenderse que un despido realizado con infracción a la prohibición que se contiene en el recién citado artículo adolecerà de nulidad, y que la norma, si bien no reconoce propiamente una situación de fuero, procura una estabilidad acentuada para los eventualmente afectados por tales infortunios.

Con todo, es de lamentar que el legislador de la Ley N° 19.010 no haya resuelto la confusa y dudosa vigencia, en nuestro ordenamiento, de los fueros derivados de licencias médicas, confusión y duda que proviene de la deficiente y/o insuficiente regulación que, al respecto, se contiene en la Ley N° 18.469, específicamente en sus artículos 23 y 36, como también originadas en la incertidumbre que existe respecto de la vigencia actual del artículo 17, inciso 4°, de la Ley N° 16.781 sobre Medicina Curativa.

La promulgación de la nueva normatividad proporcionaba la precisa oportunidad para esclarecer una situación de innegable importancia como la recién indicada, que, desgraciadamente, fue desaprovechada.

En fin, y a manera de conclusión, resulta evidente que, en todo caso, deberemos estarnos a la interpretación jurisprudencial y doctrinaria, en cuanto a la dilucidación de la extensión o amplitud que se asigne a las "necesidades de la empresa" y, específicamente, a sus elementos configurantes.

En otro aspecto, estimamos que tal interpretación, en su rigurosidad anterior, no podrá ser idéntica, afirmación que tiene por base la tendencia flexibilizadora expresada en el Mensaje y en la discusión parlamentaria, y, además, en la circunstancia de que, de presente, el despido motivado por esta causal siempre da derecho a indemnización en favor del trabajador.

Aprovechamos la instancia para recabar una urgente regulación de los fueros de salud.