

Proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo, eliminando el tope establecidos por años de servicio.

Idea Matriz y Fundamentos del Proyecto

El término de la relación entre empleador y trabajador, por las causales determinadas en la legislación laboral respectiva, implica un fuerte deterioro en la vida de quienes han sido despedidos. Por ello, se establece, la figura de la indemnización, entendida ésta como *"la suma de dinero que debe entregar el empleador al trabajador cuando pone término al contrato de trabajo, invocando alguna de las causales que dan este derecho al trabajador, o cuando se ha estipulado esta indemnización en el contrato de trabajo"*¹.

En nuestro país, la indemnización se establece en los artículos 73 (incisos segundo y tercero), 162 (inciso cuarto) y 163 a 167, todos del Código del Trabajo, estableciéndose las siguientes por término del contrato de Trabajo:

- Indemnización sustitutiva del aviso anticipado de 30 días;
- Indemnización legal por años de servicios;
- Indemnización contractual o convencional por años de servicios;
- Indemnización convencional sustitutiva a todo evento desde el 7º año;
- Indemnización legal a todo evento para trabajadores de casa particular; e,

¹ Disponible en <https://www.bcn.cl/portal/leyfacil/recurso/indemnizacion-por-despido>

- Indemnización legal por feriado anual compensable en dinero;

Como los demás países insertos en el debilitamiento del Estado social a partir de la imposición del modelo neoliberal, Chile tuvo un fortísimo detrimento en su legislación laboral. Es en este contexto que, en las circunstancias señaladas en el artículo 163 del Código del Trabajo, nuestro legislador establezca la indemnización como modo de compensación cuando el trabajador ha terminado relación laboral, pero acotada a cierto lapso de años de servicio, perjudicándole en diversos aspectos relacionados tanto a nivel de su capacidad económica frente a la vulnerabilidad que significa perder la fuente laboral, como con relación a la compensación efectiva por el tiempo invertido por la persona en calidad de trabajador de un determinado empleador, con relación al tiempo que pudo haber invertido en otras actividades, como, por ejemplo, estar con su familia.

Naturaleza Jurídica y breve desarrollo de la indemnización por años de servicio en Chile.

La naturaleza jurídica de la indemnización deriva de ser una institución de protección de la estabilidad laboral, a diferencia de lo que ha planteado el sector de la doctrina que defiende el régimen actual a partir de su consideración como una prestación de seguridad social².

Con relación a un breve repaso histórico sobre esta figura, más que un afán de recopilación de datos, su finalidad es dar cuenta de que

² Rojas Miño, Irene, "La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno", *Revista de Derecho*, núm. 41 (diciembre), Valparaíso, 2013, pp. 108-109.

históricamente, en nuestra legislación laboral, ha sido la indemnización por todos los años de servicio la característica esencial.

Si bien, por antonomasia, la legislación respecto de la indemnización por años de servicio es una materia propia del Código del Trabajo, antes de la dictación del primer Código en la materia en nuestro país, en 1931, existe un antecedente a propósito de la Ley núm. 376 del 14 de septiembre de 1896, en la que se establecía que los empleados públicos, separados por causa de los sucesos políticos de 1891, y que no tuvieran derecho a jubilar; tenían derecho a una remuneración equivalente al 10% del sueldo anual asignado al empleo al 31 de diciembre de 1890, por cada año de servicio que comprueben y cuyo monto no podrá exceder del sueldo de un año. Posteriormente, tenemos la Ley núm. 2.711 del 11 de septiembre de 1912, que tuvo por finalidad el regular la situación de los trabajadores que quedaban separados de sus funciones tras ser derogada la ley que creaba la caja de Créditos Salitreros. De igual manera, la Ley núm. 2.767 del 28 de enero de 1913, que surge a modo de protección de los trabajadores que habían sido separados de sus funciones tras la reorganización de la Dirección General de Obras Públicas.

Con el primer Código del Trabajo de nuestro país, promulgado el 31 de mayo de 1931, estableció la indemnización por años de servicio a partir de su artículo 169 y siguientes, definiendo a la misma en el inciso primero de dicho artículo 169: *"Llámanse indemnización por años de servicios la que el empleador debe pagar al empleado por servicios continuos"*. Y, con relación al tope o no de la misma, fue enfático en señalar en el inciso primero de su artículo 171: *"La indemnización por años de servicios es equivalente a un sueldo mensual por cada año completo de servicios,*

considerando todo sueldo hasta un máximo de mil pesos. El tiempo se computará desde el día en que el empleado entra al servicio hasta el día en que cesen los servicios" (subrayado es nuestro). Esta normativa no tuvo cambio alguno durante toda la vigencia del señalado Código del Trabajo de 1931 con relación a considerar todos los años de servicio ejercidos para el establecimiento de la debida indemnización. A este respecto, vale la pena señalar la esencia de la indemnización por años de servicio como eje esencial para la subsistencia de la persona posterior al término de su relación laboral, a la luz de lo indicado por el Dictamen núm. 8.717 del entonces existente Servicio de Seguro Social³, en 1959: *"La indemnización por años de servicio no corresponde a un trabajo pues el trabajo realizado ya fue retribuido por el salario. Como su nombre lo indica, compensa al obrero por los años que dedicó a trabajar a las órdenes del patrón. Está destinado a proporcionar medios para afrontar la cesantía que sigue a ese trabajo o bien a habilitar al trabajador para adquirir bienes que le permitan trabajar en otra forma o especializarse, Repara el daño, por tanto, no corresponde cobrar imposiciones por las sumas pagadas por concepto de indemnización"*.

Puede colegirse, entonces, que durante todo el establecimiento de la República durante el Siglo XX el legislador tuvo a bien ampliar los

³ El Servicio de Seguro Social fue una institución estatal chilena, que funcionó entre 1952 y 1982, que tuvo a su cargo el cumplimiento de las obligaciones de la Ley N° 10.383 de Seguridad social (seguros de enfermedad, accidentes, vejez y muerte) de todos los trabajadores dependientes o independientes. A diferencia de las cajas previsionales que cubrían a los empleados, estuvo encargado de administrar los fondos que eran aportados por los trabajadores por concepto de cotizaciones para indemnización por años de servicio. Al respecto, vid. <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-93766.html>

derechos de los trabajadores en nuestro país, sobre todo en lo referente a la indemnización por años de servicio.

Fue con la irrupción de la dictadura civil-militar cuando, una vez consagrado el modelo de "constitucionalismo económico" en su fase neoliberal, cuando cambia el régimen vinculado a la indemnización por años de servicio sin tope de lapso trabajado; efectivamente, incluso en 1978 se había dictado el Decreto Ley núm. 2.200⁴, que señalaba en la primera parte de su artículo 16 que *"Cuando (...) el empleador desahuciare el contrato que hubiere estado vigente un año o más, deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a la última remuneración mensual devengada, por cada año de servicios y fracción superior a seis meses prestados continuamente al mismo empleador"*, sin establecer margen con relación al lapso trabajado para la cuantificación de la respectiva indemnización.

Es en el contexto de la entrada en vigencia del texto constitucional actual (el 11 de marzo de 1981), así como la instalación de las llamadas "siete modernizaciones"⁵, que se publica en agosto de 1981 la Ley núm.

⁴ Decreto Ley núm. 2.200, que fija Normas Relativas al Contrato de Trabajo y a la Protección de los Trabajadores, publicado en el Diario Oficial de 15 de junio de 1978.

⁵ "Las siete modernizaciones" fue el nombre con el cual se conocieron en Chile las reformas estructurales llevadas a cabo desde 1979 por la dictadura civil-militar, destinadas a eliminar definitivamente el modelo de Estado de bienestar que rigió al país durante casi medio siglo, y reemplazarlo por el modelo de Estado subsidiario. Aunque algunas de estas medidas ya habían sido tomadas desde 1975, en 1979 se agregarán entonces las reformas estructurales conocidas como de "segunda generación", caracterizadas por: 1) la reforma del conjunto de los servicios sociales (salud, educación, previsión social) y su privatización total, o bien su carácter de ámbito parcialmente subsidiario; 2) la reforma al sistema judicial y al aparato burocrático-administrativo (bajo el slogan de la "regionalización"); y 3) la desregulación del trabajo y la modificación de sus formas organizativas. Disponible en <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-93006.html>

18.018⁶, que vino a trastocar, hasta el día de hoy, lo que se refiere al establecimiento del tope de años de servicio para cuantificar la indemnización en caso de despido injustificado. La señalada Ley núm. 18.018 rompe con el tiempo de servicios que se consideraba para calcular el monto de la indemnización era el del período real sin límites: a partir de la citada Ley se ha fijado un límite de años a considerar, agregando al referido artículo 16 del DL 2.200 de 1978, entre otros, un inciso segundo al final de cuyo párrafo se leía la oración "*Esta indemnización [por años de servicio] tendrá un límite máximo de ciento cincuenta días de remuneración*".

De ahí a que, desde todas las normas laborales posteriores, incluyendo la Ley núm. 18.620 (de julio de 1987), que sería entonces el Código del Trabajo, hasta el actual Código del Trabajo, se haya mantenido el tope para el cálculo de la indemnización por años de servicio, no sólo provoque una clara posición de ventaja a favor del empleador frente a la relación asimétrica entre capital-trabajo que se genera con relación al trabajador, sino que rompe la naturaleza jurídica social y de equiparación del Derecho laboral, y que lleva a separar las relaciones contractuales laborales del principio de autonomía de la voluntad propio del Derecho privado y de las normas generales establecidas en el Código Civil.

De ahí la importancia de reconocer la normativa jurídica internacional y nacional que postula el presente Proyecto de Ley.

⁶ Ley núm. 18.018, que Modifica el Decreto Ley N° 2.200 de 1978, y otras Disposiciones en Materia Laboral, publicada en el Diario Oficial de 14 de agosto de 1981.

Fundamento de Derecho

En el Derecho internacional de los derechos humanos, la indemnización por años de servicio tiene protección a nivel normativo. Así, a nivel internacional, lo encontramos en las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a partir de reglas mínimas sobre la materia, existiendo a la fecha dos instrumentos específicos vigentes sobre la terminación del contrato de trabajo:

- *El Convenio núm. 158, sobre la Terminación de la Relación de Trabajo*, adoptado por la OIT en Sexagésima Octava Sesión, de 22 de junio de 1982. Aunque aún no ha sido ratificado por el Estado de Chile, es necesario tener presente en su calidad de norma mínima internacional. Al respecto, señala que la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador debería ser por causa justificada; que la procedencia de dos tipos de indemnizaciones por término de contrato (por una indemnización "adecuada" por el despido injustificado; y aquello, independientemente de la indemnización antes señalada, se establece una indemnización "*por fin de servicios u otras medidas de protección a los ingresos*").

Pero lo esencial, para el presente Proyecto de Ley, estriba en que su artículo 12 establece lo siguiente: "*1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los*

empleadores” (subrayado es nuestro). Es decir, no establece, para casos análogos a los señalados en el artículo 161 de nuestro Código del Trabajo (al cual alude el artículo 163 ídem respecto a la circunstancia que motiva a la indemnización por despido al que este Proyecto de Ley refiere) no establece tope alguno al lapso considerado con relación a los años de servicio para fijar el monto de la indemnización.

- También encontramos la *Recomendación núm. 166, sobre la Terminación de la Relación de Trabajo*, adoptada por la OIT también en la aludida Sexagésima Octava Sesión, de 22 de junio de 1982. En el punto objeto del presente Proyecto de Ley, es en la recomendación 18.1.a) en donde redunda lo establecido a propósito del Convenio núm. 158 ya señalado, al referir que

todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho (...) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores.

Por su parte, a nivel regional americano, hay que indicar que, con fecha 25 de octubre de 2022 fue publicado en el Diario Oficial el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como Protocolo de San Salvador), adoptado el 17 de noviembre de 1988, en San Salvador, El Salvador, por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones. Desde la primera fecha señalada, Chile es Estado parte del mismo y, por ende, obligado a su cumplimiento dentro de la legislación nacional.

Al respecto, es interesante lo señalado en los literales c) y d) del artículo 7º del Protocolo de San Salvador, con relación a la indemnización por años de servicio (subrayado de lo siguiente es nuestro):

Artículo 7. Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo.

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

(...)

c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

Ambos literales deben ser leídos de forma complementaria y no fragmentaria o separada, toda vez lo previsto en el artículo 4º del mismo Protocolo de San Salvador, con relación a la no admisión de restricciones del mismo: *"No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado"*. Es decir, debe entenderse el otorgamiento de las indemnizaciones por años de servicio teniendo en cuenta el "tiempo de servicio" efectivo, y no fragmentariamente.

Por su parte, en nuestro orden jurídico normativo, por mandato establecido en el numeral 16 del artículo 19 constitucional, se establece

que es obligación del Estado asegurar a todas las personas “[l]a *libertad de trabajo y su protección*”, lo que comprende el derecho “a la *libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución*”. Además, acorde con el inciso segundo del artículo 5° constitucional, se señala que es deber del Estado “*respetar y promover tales derechos [esenciales que emanan de la naturaleza humana, entre ellos el derecho al trabajo], garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que “*El deber de respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana se refiere al imperativo que pesa sobre los órganos del Estado de hacer cumplir las normas que los contienen cuando éstas son suficientemente autónomas para ejecutarse sin necesidad de una regulación adicional. El deber de promover tales derechos se refiere a la necesidad de remover los obstáculos que dificulten su libre ejercicio*”. (STC 2387 c. 13, así como, en el mismo sentido, STC 4446 c. 21) (subrayado es nuestro).

En este sentido, es necesario confrontar la jurisprudencia que el mismo Tribunal Constitucional ha emitido, respecto de una serie de postulados que llaman a enfatizar la naturaleza jurídica propia del Derecho Laboral, de carácter social, dirigido a proteger al trabajador frente a la relación asimétrica entre capital-trabajo que se genera con relación al empleador si las condiciones del contrato de trabajo estuviesen reguladas estrictamente por los parámetros característicos de los actos jurídicos en el Derecho civil como rama esencial del Derecho privado dentro del contexto de la aplicación del principio de “autonomía de la voluntad”, dado el poder económico desigual entre empleador y trabajador. Así, por ejemplo, señala, con relación a la finalidad de la

legislación laboral, que "las normas de derecho laboral buscan establecer la protección del trabajo y el trabajador. (STC 3016 c. 8, Cap. VI.II.I)". Igualmente, en materia de indemnizaciones por años de servicio, refiere que

Las indemnizaciones que establece la legislación laboral en favor de los trabajadores buscan, por una parte, impedir los despidos injustificados -y con ello asegurar la estabilidad laboral- y, por otra, resarcir al trabajador despedido por los perjuicios que le arroje el terminar su empleo para permitirle así acceder a otro con la seguridad de que, en el intertanto, podrá solventar sus gastos. Lo anterior se enmarca entonces dentro de las reglas protectoras de la libertad de trabajo que, según la Carta Fundamental, el Estado está llamado a establecer para dar garantía a tal derecho. (STC 7217 c. 12).

Proyectos de ley anteriores sobre el tema.

Desde la vigencia del actual inciso primero del señalado artículo 163 del Código del Trabajo, se han presentado una serie de proyectos de ley relativos a la indemnización por años de servicio, cuya finalidad ha sido la de modificar el régimen vigente al respecto:

- **Boletín 10458-13**, que Modifica el Código del Trabajo en relación con la indemnización por años de servicio en caso de muerte del trabajador, ingresado el 17 de diciembre de 2015 (que, a su vez, refundió los Boletines 8130-13⁷ y 10437-13⁸), y propuso el pago de

⁷ Proyecto de Ley que Modifica el Código del Trabajo en materia de terminación del Contrato de Trabajo, ingresado el 03 de enero de 2012.

⁸ Proyecto de Ley que Modifica el Código del Trabajo para permitir extender la indemnización por años de servicio a herederos del trabajador fallecido, ingresado el 09 de diciembre de 2015.

la indemnización por años de servicio a los herederos del trabajador, siendo aprobado en primer trámite constitucional por la H. Cámara de Diputadas y Diputados, sin que a la fecha haya sido tramitado por el H. Senado.

- **Boletín 8757-13**, que Modifica Código de Trabajo, eliminando el límite a indemnización por años de servicios, ingresado el 20 de diciembre de 2012, y que no ha pasado el primer trámite en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la H. Cámara de Diputadas y Diputados.
- **Boletín 9714-13**, que Modifica el Código del Trabajo para efectos de eliminar el límite máximo de la indemnización por años de servicios, ingresado el 11 de noviembre de 2014, y que no ha pasado el primer trámite en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la H. Cámara de Diputadas y Diputados.
- **Boletín 14689-13**, que suprime el límite de años de servicio indemnizables, presentado por las y los entonces diputadas y diputados Tucapel Jiménez, Raúl Leiva, Emilia Nuyado, Luis Rocafull, Gastón Saavedra, Raúl Saldívar, Juan Santana y Alejandra Sepúlveda con fecha 10 de noviembre de 2021, y cuyo último trámite es de 22 de noviembre de ese año pasando a la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la H. Cámara de Diputadas y Diputados.

En conclusión:

La supresión de tope al cálculo de años de servicio para su respectiva indemnización produciría los siguientes efectos benéficos para el país:

- Devolvería a la indemnización por años de servicio su naturaleza jurídica de ser una institución de protección de la estabilidad laboral.
- Obligaría a incentivar una mayor estabilidad en el empleo, en especial para los trabajadores con mayor antigüedad en la empresa, asegurando una mejor protección económica durante el período de cesantía.
- Permitiría una mayor protección a quienes se encuentren recién desempleados, asegurándoles una indemnización justa, acorde a los años de servicio efectivamente trabajados, que le permita solventar su situación económica durante el período de cesantía.
- Protege a las familias en no quedar en la indefensión, especialmente en contextos de crisis económica mundial y de aumento de bienes y servicios potenciado por condiciones internas e internacionales.

Es por estas razones que venimos en proponer el siguiente:

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO: Introdúcense las siguientes modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley número 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo:

1.- Suprímase la siguiente oración de la primera parte del artículo 40 bis D:

"(...) o de los últimos once años del mismo".

Debiendo quedar el artículo 40 bis D de esta manera:

Para los efectos del cálculo de la indemnización que pudiese corresponderle al trabajador al momento del término de sus servicios, se entenderá por última remuneración el promedio de las remuneraciones percibidas por el trabajador durante la vigencia de su contrato. Para este fin, cada una de las remuneraciones que abarque el período de cálculo deberá ser reajustada por la variación experimentada por el índice de precios al consumidor, entre el mes anterior al pago de la remuneración respectiva y el mes anterior al término del contrato. Con todo, si la indemnización que le correspondiere por aplicación del artículo 163 fuere superior, se le aplicará ésta.

2. Suprímase en el inciso segundo de su artículo 163 la siguiente oración final:

"Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración".

Debiendo quedar el inciso segundo del artículo 163 de esta manera:

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.

2. Suprímense en la primera parte del literal b) del inciso final del artículo 163 las siguientes oraciones:

"(...) de once años en relación con cada trabajador, plazo que se contará desde el 1º de enero de 1991, o (...)" y ", si ésta fuere posterior".

Debiendo quedar la primera parte del literal b) del inciso final del artículo 163 de esta manera:

b) La obligación de efectuar el aporte tendrá una duración que se contará desde la fecha de inicio de la relación laboral.