

## LA APLICACIÓN DE LA CAUSAL NECESIDADES DE LA EMPRESA FRENTE A PANDEMIA DE COVID-19: UN ANÁLISIS CRÍTICO

### THE APPLICATION OF THE CAUSE COMPANY'S NEEDS AGAINST THE COVID-19 PANDEMIC: A CRITICAL ANALYSIS

Rodrigo Monteiro Pessoa<sup>1</sup>

#### RESUMEN

La enfermedad por coronavirus se transformó en una pandemia que golpea a todo el mundo, afectando diversas áreas de la vida moderna y de la economía, poniendo a prueba los servicios del Estado, en especial la seguridad social, comprendiendo ésta la previsión social, la asistencia social y la salud pública. En nuestra doctrina laboral, muchas empresas se vieron en un callejón sin salida, buscando alternativas para enfrentar las medidas de aislamiento social, que han generado impactos en el mercado, y conjuntamente con las políticas públicas de emergencia, comprender cómo podrían manejar los conflictos laborales. En la legislación laboral chilena, existe una causal de despido por necesidades de la empresa—artículo 161 del Código Específico—que probablemente será muy aplicada en tiempos venideros. Sin embargo, se hace necesario comprender si esta causal efectivamente podría ser utilizada para poner término a los contratos de trabajo frente a la pandemia de COVID-19. El presente artículo pretende argumentar sobre esta temática y proponer soluciones prácticas que, acorde al Derecho del Trabajo puedan orientar hacia el uso de la causal necesidades de la empresa y consecuencias jurídicas.

**Palabras clave:** término del contrato de trabajo, necesidad de la empresa, COVID-19, mercado laboral.

#### ABSTRACT

The coronavirus disease transformed into a pandemic that hit the entire world, affecting various areas of modern life and the economy, and put State services to the test, especially social security, which includes social pensions, social assistance and public health. In our labor doctrine, many companies found themselves at an impasse, looking for alternatives to face social isolation measures, which had impacts on the market, and together with emergency

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de la Frontera (Chile). Licenciado en Administración por la Universidade Federal da Paraíba – Brasil (2002); Licenciado en Ciencias Jurídicas por el Instituto Superior de Educação da Paraíba – Brasil (2008); Especialista en Derecho de la Seguridad Social por Uniderp – Brasil (2011); Magíster Académico en Derecho Económico por la Universidade Federal da Paraíba – Brasil (2013); Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Temuco, Chile, [rodrigo.pessoa@uf Frontera.cl](mailto:rodrigo.pessoa@uf Frontera.cl).

public policies, understand how they could handle labor conflicts. In Chilean labor law, there is a cause for dismissal due to company needs - Article 161 of the Specific Code - which will probably be widely applied in future times. However, it is necessary to understand if this cause could effectively be used to end employment contracts in the face of the COVID-19 pandemic. The present article tries to argue on this topic and propose practical solutions that, according to Labor Law, can guide the use of the causal needs of the company and legal consequences.

**Keywords:** termination of employment contract, company need, COVID-19, labor market.

## INTRODUCCIÓN

La enfermedad por coronavirus causada por el SARS-CoV-2, denominada COVID-19, que fue detectada por primera vez en China en diciembre de 2019 (Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, 2020) fue decretada como una pandemia el 11 de marzo de 2020 (World Health Organization, 2020), lo que significa que alcanzó un contagio global, geográficamente hablando<sup>2</sup>. Por afectar diversas áreas de la vida moderna, la pandemia –que tuvo como medidas preventivas la cuarentena en diversas partes del mundo (Infobae, 2020)– golpea la economía global, generando preocupaciones también en el mundo del trabajo. Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT) esta pandemia repercute en el plan económico y consecuentemente en el mercado laboral, afectando principalmente los sectores de la aviación, turismo, hostelería y el sector terciario, con grave riesgo de disminución de ingresos. Además, pone a prueba la actividad empresarial de las micro y pequeñas empresas (PYMES) (International Labour Organization, 2020, p. 2), por tener menor capacidad de resistencia a la presión económica.

La Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, del año 2017 apunta como principios rectores la promoción del empleo pleno, productivo y libremente elegido y el trabajo decente; la necesidad de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, otros derechos humanos y otras normas internacionales del trabajo pertinentes; la importancia del diálogo social; la necesidad de solidaridad, responsabilidad y carga compartidas y cooperación a nivel internacional, de conformidad con el derecho internacional; la necesidad de una estrecha coordinación y de sinergias entre la asistencia humanitaria y la asistencia para el desarrollo,

---

<sup>2</sup>Una pandemia significa una epidemia global. El virus viaja de país en país y de continente en continente, afectando todas las áreas de la vida de las personas. Luego, la noción se refiere a la naturaleza global del evento. Es la distribución geográfica de la enfermedad que define la noción de pandemia (Caduff, 2015, p. 96).

en particular con miras a la promoción del empleo pleno, productivo y libremente elegido y el trabajo decente y de oportunidades de generación de ingresos, evitando la duplicación de esfuerzos y de mandatos; entre otros (Organización Internacional del Trabajo, 2017). Estos principios van alineados con la normativa internacional que la OIT señala como fundamentales para enfrentar la crisis sanitaria, ya que mantener los empleos y los niveles de ingreso, serán imprescindibles para la recuperación económica después de las medidas de aislamiento social (Organización Internacional del Trabajo, 2020, p. 9), lo que evitaría avanzar del ciclo económico de recesión al ciclo de depresión (Mochón, 2006, pp. 317-ss).

Obviamente, en momentos como este, las políticas públicas ejercen un papel trascendente, que, conjuntamente con el diálogo social, puede socorrer a los sectores más vulnerables, pues, muchos de ellos no podrán mantener su nivel de pagos y compromisos financieros para garantizar los empleos de la misma forma que otros potentes grupos económicos, que tienen capitales de emergencia, es decir, inversiones que sirven de salvavidas financiero para las empresas previsoras y de mayor envergadura.

Nosotros somos claramente favorables a la protección de los trabajadores y de sus empleos. Hasta porque la discusión sobre la necesidad de esta mantención ultrapasa nuestras discusiones sobre la legalidad laboral. Esta crisis sanitaria está golpeando fuertemente los países en sus economías y en los servicios del Estado, principalmente la seguridad social como un todo, incluyendo previsión, asistencia social y salud.

Cuando hablamos de impactos económicos, no es viable adoptar medidas que perjudicarán aún más la economía, en un círculo vicioso, más allá de las implicaciones de orden moral que afectan directamente los trabajadores. Los trabajadores con sus sueldos adquieren bienes y servicios de primera necesidad para sí mismos y para su grupo familiar. Además, cuando tienen excedentes, después de suplir sus necesidades básicas, consumen otros bienes y servicios en el mercado.

Si quitamos de los trabajadores su fuente de renta, habrá menos demanda por productos y servicios, y habiendo menos demanda, las propias empresas tendrán que considerar reducir la producción de bienes y servicios (oferta) ocasionando nuevos despidos y así sucesivamente. Esta situación perjudicará la recuperación después de las medidas de aislamiento social. Por lo que debieran existir medidas que contribuyan a mantener los empleos, pero mantenerlos y adoptar otras políticas fiscales, que también consideran las dificultades de sectores más afectados y de las micro y pequeñas empresas. Como una acción conjunta y multisectorial.

Nuestro objetivo no será analizar de qué forma estas medidas se materializarán, ni cuál es el papel del Estado en el desarrollo de estas políticas públicas de emergencia. Esta introducción pretende contextualizar la problemática contingencial y evidenciar que muchas empresas tendrán dificultades para mantener los empleos por la disminución de sus ingresos, dada la presión económica. Por tanto, se hace cardinal saber si la posibilidad de despido frente a la crisis sanitaria puede darse con alguna causal en nuestro ordenamiento jurídico. Aunque una de las causales evidenciadas en este periodo ha sido la de caso fortuito y fuerza mayor<sup>3</sup>, aquí buscaremos desmitificar la causal de necesidades de la empresa, constante en el artículo 161 del Código del Trabajo en Chile, para saber si es posible invocar esta causal como razón jurídica para el término de un contrato de trabajo dada la crisis sanitaria global.

## **LA CAUSAL NECESIDAD DE LA EMPRESA: SUS ANTECEDENTES Y SUS CRITERIOS DE APLICACIÓN.**

Nuestro primer Código del Trabajo (ley N° 178 de 13 de mayo de 1931) abrazó el principio de libre despido por el empleador.<sup>4</sup> Este escenario se mantuvo hasta la promulgación de la ley n° 16.455 de 1966, *“la primera que introduce causas para la terminación de una relación laboral y se basa, según se menciona en el Mensaje del Proyecto de esta ley, en la Recomendación N° 119 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada en 1963 por la 47ª Conferencia de dicho organismo”* (Vargas Miranda, 2014, p. 10)<sup>5</sup>. Entre estas causales constantes en el rol, la de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio surge en nuestra legislación por primera vez.<sup>6</sup>

<sup>3</sup>La duda sobre el uso de la causal de despido objetiva por caso fortuito o fuerza mayor fue zanjada por el artículo 26 del Proyecto de ley de Protección al Empleo que aguarda publicación en Diario Oficial, que establece: durante el plazo de 6 meses o bien, existiendo el Estado de Catástrofe decretado por el Presidente de la República, no se podrá poner término a los contratos de trabajo por la causal de fuerza mayor o caso fortuito, invocando como motivo los efectos de la pandemia de COVID-19.

<sup>4</sup>Congreso Nacional. Ministerio de Bienestar Social. (1931) D.F.L. N° 178. *“Código del Trabajo”*. Santiago: Diario Oficial, 28 de mayo de 1931: Art. 10. Cualquiera de las partes podrá poner término al contrato cuando lo estime conveniente, pero dando a la otra un aviso con seis días de anticipación o abonándole una suma de dinero equivalente al salario de seis días de trabajo. Art. 13. El aviso anticipado de seis días a que se refiere el artículo 10 deberá darse por escrito, con las formalidades que establezca el reglamento.

<sup>5</sup>Organización Internacional del Trabajo, *Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo (núm. 119)*. Adoptado en Ginebra en la 47ª reunión de la CIT, el 26 de junio de 1963 - II. Normas de Aplicación General: (1) No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio.

<sup>6</sup>Congreso Nacional. Ministerio del Trabajo y Previsión Social (1966) Ley N° 16.455. *“Normas para la terminación del Contrato de Trabajo”*. Santiago: Diario Oficial 06 de abril de 1966: Artículo 2°.- Serán causas justificadas de terminación del contrato de trabajo las siguientes: 10.- Las que sean determinadas por las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio;

El año 1978, con el Decreto Ley N° 2.200, se instaura nuevamente el libre despido para los trabajadores contratados después de la entrada en vigencia de este DL, bastando pagar una indemnización equivalente a un mes de remuneración para cada año de servicio. Esta legislación generó bastantes problemas jurídicos e intentos de reparación por la vía legislativa (Vargas Miranda, 2014, pp. 12-ss)<sup>7</sup>. Por esta razón, la doctrina apuntaba a la idea de conceder un aspecto más social para la regulación del trabajo, en cuanto a la estabilidad, lo que vendría solamente con el nuevo Código del Trabajo de 1987 y la ley 19.010 de 1° de diciembre de 1990 (Humeres Nogueira, 2009, pp. 80-ss).

Es trascendente destacar que, nuestro actual Código del Trabajo nombra su Título V como “*De la terminación del Contrato de Trabajo y Estabilidad en el Empleo*”, siendo esta estabilidad un sistema de estabilidad impropia (Plá Rodríguez, 2015, p. 221), que, si bien no invalida el despido sin causa, o con una causal mal aplicada, aumentala indemnización y prevé sanciones administrativas.

Hoy por hoy, el artículo 161 del Código del Trabajo establece la causal objetiva necesidades de la empresa y sus requisitos de aplicación.<sup>8</sup> El citado artículo menciona que “*el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. La eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168.*”

En esta definición, la mayor crítica se refiere al sistema abierto de la causal, ya que al insertar la expresión “tales como” (Vargas Miranda, 2014, p. 54) el legislador amplió las posibilidades de su uso, más allá de los ejemplos que expresa el texto.

El enunciado normativo propone tres situaciones ejemplificativas: 1. racionalización o modernización del establecimiento o servicio; 2. bajas en la productividad; y 3. cambios en las condiciones del mercado o de la economía. De estos ejemplos y acompañando la buena doctrina y la jurisprudencia, podemos extraer la configuración de esta causal de término del contrato de trabajo que son de tres índoles (Thayer Arteaga & Novoa Fuenzalida, 2009, p. 95):

<sup>7</sup>Dos de las principales modificaciones vinieron con las leyes N° 18.018 del año 1981 y N° 18.372 del año 1984, que definieron las indemnizaciones que debería pagar el empleador siempre que pusiera fin al contrato de trabajo por causas no imputables al empleado.

<sup>8</sup>El texto definitivo con las características actuales de la causal necesidades de la empresa fue introducido por la Ley N° 19.759, de 5 de octubre de 2001.

- a) Económicas;
- b) Técnicas (incluyendo las tecnológicas); o
- c) Una combinación de ambos factores.

Primero, se trata de una causal objetiva<sup>9</sup>, es decir, este despido no puede tener relación con la voluntad de las partes involucradas en un contrato de trabajo (empleador y trabajador). Más bien se trata de hechos que no pueden ser imputados a una conducta de estas partes (Monteiro Pessoa, 2019, p. 392) y que estén conectados a una situación económica o técnica cuya gravedad<sup>10</sup> afecte a la empresa, establecimiento o servicio con completa ajenidad, lo que significa que el empleador no puede ser responsable por las necesidades económicas o técnicas que afectan a la empresa. Por ende, si la mala situación económica tiene su origen en un manejo deficiente e inclusive en un manejo culpable del empresario, esta situación no podría acarrear la terminación de un contrato laboral por esta causal. La mala situación económica o necesidad técnica que se aduce debe ser ajena a la voluntad del empleador y no imputable a la empresa<sup>11</sup>. Segundo, debe existir una relación de causalidad entre las necesidades y el despido, es decir, la necesidad generada por la situación objetiva fue responsable por la separación del trabajador, dado que su continuidad podría afectar gravemente las finanzas de la empresa a tal punto que pondría en riesgo la propia continuidad del negocio. Tercero, esta situación debe ser permanente, por ende, si la situación económica que afecte a la empresa es “transitoria o puede remediarse por otros medios no puede despedirse por esta causal” (Gamonal Contreras & Guidi Moggia, 2015, p. 388). Cuarto, genera una oferta irrevocable de indemnización por años de servicio (art. 169, letra ‘a’ del CT). Quinto, la carta de despido debe contener los hechos fundantes, para que se pueda analizar detalladamente en juicio la procedencia del término del contrato de trabajo por esta causal.<sup>12</sup>

<sup>9</sup>“Se trata de hechos que provocan la disolución del vínculo por sí mismo y que debido a su carácter afectan a condiciones objetivas de la relación laboral, no siendo atribuibles a la persona o conducta de alguna de las partes” (Lanata Fuenzalida, 2009, p. 263).

<sup>10</sup>“Una situación de tal envergadura que ponga en peligro la subsistencia de la empresa y no meramente una rebaja en sus ganancias” (Gamonal Contreras & Guidi Moggia, 2015, p. 388).

<sup>11</sup>Ver, por ejemplo el fallo Rol N° 3.946-98 de la Corte de Apelaciones de Santiago que en su considerando 7° alude que “a mayor abundamiento, el exceso de costos operacionales de naturaleza laboral que habría derivado en una sobredotación de personal asignado para la ejecución de un determinado proyecto por la empleadora – hecho que se esgrime como causa originaria del despido del actor–, debió tener como causas directas las propias decisiones de la empleadora, y, por tanto, a esta únicamente le son imputables esos hechos, que habrían motivado la terminación anticipada del contrato de trabajo del actor, el que, por todo lo expuesto, ha de calificarse como injustificada” (Corte de Apelaciones de Santiago, 1999).

<sup>12</sup>Ver los fallos del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco. 31 de mayo de 2017. Rol N° O-209-2017. Disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com) [fecha de visita 06 de noviembre de 2018]; 3° Juzgado de Letras de Osorno. 22 de mayo de 2008. Rol N° 37.203/2007. Disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com) [fecha de visita 06 de noviembre de 2018];

Esta configuración y sus elementos, apuntan a que no es posible que la necesidad de la empresa sea un argumento genérico, sin justificación, y sin vinculación con la continuidad de las actividades económicas de la empresa, sea cuando apunte a las condiciones del mercado o a las bajas de productividad, sea cuando apunte a los aspectos de racionalización o modernización de la empresa. En análisis del artículo 51.1 del Estatuto de Trabajadores de España<sup>13</sup>, que propone una posibilidad de término del contrato de trabajo similar a la que estamos analizando, Perdignes Domínguez comenta que incluso en los casos de reorganización técnica del proceso productivo o de la estructura de funcionamiento de la empresa, *“es preciso que se demuestre que la descentralización tiene por objeto asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad, y no se configura, por tanto, como un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial, según sentencia del Tribunal Supremo de unificación de doctrina, de 11 de octubre de 2006”* (Perdignes Domingues, 2016, p. 29).

Desde el punto de vista jurídico, este problema no es menor, ya que estamos lidiando con aspectos de gestión empresarial, que prevé pérdidas económicas o busca optimizar su proceso productivo con miras a mantener a la empresa en un nivel de competitividad óptimo en su nicho de mercado. Por esta razón, Riccardo Del Punta demuestra que, en Italia, la pugna jurisprudencial apunta al conflicto que puede existir entre la permisibilidad de que un magistrado pueda evaluar la oportunidad económico-organizativa de la empresa, negada por parte de la jurisprudencia italiana debido a la libertad del emprendedor de decidir el cuándo y el cómo de la actividad empresarial; y aceptada por la otra parte por el hecho de que las disposiciones de ley que incluyen cláusulas generales están afectas al control judicial (Del Punta, 2015, p. 629).

El reconocimiento de la causal necesidades de la empresa como una causal objetiva es un tema zanjado en nuestra doctrina y jurisprudencia al que acompañamos sin reservas. Esto significa que una situación externa a la voluntad del empleador es la responsable por generar la modificación del proceso productivo, su modernización o su adaptación a estas condiciones, para seguir con la buena marcha del negocio. La

---

Corte de Apelaciones de Santiago. Recurso de Nulidad. 16 de agosto de 2010. Rol N° 609/2010. Disponible en <http://www.cajmetro.cl/wp-content/uploads/2012/03/Jurisprudencia-N16.pdf> [fecha de visita 06 de noviembre de 2018]; y Corte de Apelaciones de Antofagasta. Apelación y casación en la forma. 18 de marzo de 2008. Rol N° 267/2007. Disponible en <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> [fecha de visita 06 de noviembre de 2018].

<sup>13</sup> Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.



configuración de la necesidad de la empresa en su carácter técnico no puede originarse en una decisión del empleador, de simplemente cambiar el proceso productivo, o modernizarlo, o racionalizarlo, con fines de aumentar su margen de ganancia en el mercado competitivo.<sup>14</sup> De lo contrario, sin la existencia de un criterio objetivo externo a la voluntad de las partes involucradas en el contrato de trabajo, esta causal sería híbrida (objetivo-subjetiva).<sup>1516</sup>

En este mismo sentido, Álvaro Domínguez afirma que la evocación de la causal de necesidades de la empresa debe venir acompañada de *“desequilibrios y pérdidas, aunque no irreversibles, pero si lo suficientemente cuantiosos y continuos para generar un perjuicio real, actual y grave”* (Domínguez Montoya, 2017, p. 261). En esta línea, Domínguez afirma que no es viable siquiera pensar en la permisibilidad de esta causal frente a situaciones especulativas, o, más bien, predictivas en la marcha empresarial, ya que *“la configuración de una hipótesis extintiva basada en la predictibilidad de hechos y situaciones futuras negativas sin antecedentes reales y actuales, contraría al principio de ajenidad, por cuanto sin causa justificativa se trasladaría el riesgo de la gestión empresarial al trabajador, más allá de una*

<sup>14</sup>Marcos López Oneto no está de acuerdo con esta posición. Para este autor, la modernización y racionalización deben ser suficientemente flexibles para diversificar e innovar la oferta de bienes y servicios, independientemente de la existencia de una situación de urgencia que así lo pida (López Oneto, 2013, pp. 262-266 / 343). No estamos de acuerdo con esta posición, pues nuestro sistema de estabilidad impropia no contempla el despido subjetivo por decisión de gestión de la empresa.

<sup>15</sup>En este sentido, el 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago se ha pronunciado, afirmando que *“de esta forma, la necesidad de la empresa, no dice relación con la mera voluntad del empleador, de que las cosas sean de determinada manera, por mero capricho, ya que aquello no corresponde a un motivo justificado, sino que corresponde más bien a ‘impulso irresistible de que las causas obren infaliblemente en cierto sentido.’”* 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. 24 de noviembre 2017. Rol N° O-2650-2017. Disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com) [fecha de visita 06 de noviembre de 2018]. Además, consultar: Corte Suprema. 12 de agosto de 2011. Rol N° 201/2011. Disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com) [fecha de visita 06 de noviembre de 2018]; Corte de Apelaciones de Santiago. 10 de agosto de 2015. Rol N° 733/2015 Disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com) [fecha de visita 06 de noviembre de 2018]; Corte de Apelaciones de Chillan. 11 de agosto de 2006. Rol N° 65/2006 Disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com) [fecha de visita 06 de noviembre de 2018]; Corte de Apelaciones de Concepción. 16 de octubre de 2007. Rol N° 107/2007 Disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com) [fecha de visita 06 de noviembre de 2018]; Corte de Apelaciones de Concepción. 8 de noviembre de 2007. Rol N° 539/2007 Disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com) [fecha de visita 06 de noviembre de 2018]; Corte de Apelaciones de Concepción. 5 de septiembre de 2014. Rol N° 245/2014 Disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com) [fecha de visita 06 de noviembre de 2018]; Corte de Apelaciones de Chillan. 16 de agosto de 2014. Rol N° 59/2014 Disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com) [fecha de visita 06 de noviembre de 2018]; Corte Suprema. 7 de septiembre de 2006. Rol N° 757/2005 Disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com) [fecha de visita 06 de noviembre de 2018]; Corte de Apelaciones de Rancagua. 12 de junio de 2014. Rol 57/2014. Disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com) [fecha de visita 06 de noviembre de 2018].

<sup>16</sup>Para aclarar la configuración objetiva de la causal, que actualmente se puede deducir de la parte del artículo 161 CT que dice *“que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores”*, el proyecto de ley Boletín N°11274-13 de la Cámara de Diputados, que modifica el Código del Trabajo en lo que respecta a la causal de despido consistente en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, propone una nueva redacción: *“Se entenderá por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, aquellos motivos que van más allá de la voluntad unilateral y discrecional del empleador y que dicen relación con factores económicos y de mercado, que resulten perjudiciales para la empresa, o aquellos que derivados de la racionalización, necesaria modernización o bajas en la productividad de la misma, hacen inevitable la desvinculación de uno o más trabajadores”* (destaque nuestro).



*hipótesis de imposibilidad sobrevenida, aproximándose a un modelo de despido basado en la voluntad unilateral del empleador sin una causa real”*(Domínguez Montoya, 2017, p. 265).

En segundo lugar, abogamos por la posibilidad del análisis judicial de este criterio, ya que, por ser una causal objetiva, el magistrado no se está inmiscuyendo en la oportunidad económico-organizativa de la empresa, sino evaluando el criterio objetivo que impulsó al empresario a los cambios necesarios para que su emprendimiento pueda seguir su curso normal.

Una vez conocidos algunos aspectos históricos, el sistema de estabilidad del empleo de nuestro Código Laboral y los criterios para el uso de la necesidad de la empresa como fundamento del término de la relación de trabajo, veamos cómo esto será aplicable frente a la crisis sanitaria de la pandemia por COVID-19.

## **EL USO DE LA CAUSAL DE DESPIDO POR NECESIDADES DE LA EMPRESA FRENTE A LA CRISIS SANITARIA DE LA PANDEMIA POR COVID-19**

En el caso de la crisis sanitaria que vivimos hoy las necesidades de la empresa serían de orden económica, dada la paralización de los servicios y reducción de ventas. Obviamente, el tamaño de la empresa y el nicho de mercado, aquí, son de vital importancia. Los sectores más afectados son el de servicios, turismo, aviación y viajes, como argumentamos en la introducción; y, por supuesto, las micro, pequeñas y medianas empresas están más vulnerables a la crisis por no tener capacidad financiera para soportar la presión económica.

Con el aislamiento social, cuarentenas obligatorias en diversas comunas de Santiago, y en algunas regiones del país, y el escenario similar que enfrenta los principales consumidores de productos y *commodities* chilenas, la economía en nuestro país está siendo bastante afectada. Esto porque Chile es un exportador neto y el escenario global ha generado dudas sobre las perspectivas de crecimiento (Ministerio de Economía Fomento y Turismo, 2020). Según el INE, el índice de actividades de varios sectores han caído, y otros retrocedieron completamente, como es el caso del sector de comercio automotriz (Instituto Nacional de Estadísticas, 2020).

Por esta razón, queda clara la configuración de dos aspectos de la causal necesidades de la empresa para el término de un contrato de trabajo, un hecho objetivo

externo a la voluntad del empleador, que no tiene relación de causalidad con su actuar, generando problemas de índole económico que pueden generar la necesidad de separación de uno o más trabajadores de una empresa, establecimiento o servicio. Sin embargo, hace falta verificar en cada caso si existe la **GRAVEDAD** de los impactos económicos de la crisis sanitaria en la empresa, establecimiento o servicio, y la **PERMANENCIA** de los efectos económicos para las empresas.

La gravedad del impacto de la crisis sanitaria en las finanzas de la empresa que pretende hacer uso de esta causal, es exigida para saber si la propia continuidad del negocio está en riesgo y si este riesgo es permanente. Es decir, es fundamental saber si no se trata de un periodo corto o mediano de tiempo en que la empresa enfrentará dificultades económicas por este escenario del mercado y la economía, presentando dificultades en el pago del sueldo de los trabajadores, sino que los problemas generados son de índole tal que llevarán a la empresa, incluso, a cerrar sus puertas. El deterioro en las finanzas y en los recursos de las empresas debe realmente alterar su funcionamiento y estabilidad (EDIG, 2019, p. 13). Nuevamente, aquí no hay espacio para especulaciones, es primordial que el empleador pueda demostrar que los impactos económicos en la empresa hacen imposible la permanencia del trabajador en su empleo. El peso de la prueba recae en el empleador, quien deberá acreditar que concurren los presupuestos fácticos constitutivos de las necesidades de la empresa que alega (EDIG, 2019, p. 14).

Por ende, aunque exista ajenidad y objetividad en la causal, si no se puede demostrar la gravedad y permanencia, no se podrá hacer uso de las necesidades de la empresa para poner término a un contrato de trabajo frente a esta crisis sanitaria de la pandemia por COVID-19.

Es importante tener en cuenta que el actual escenario no da espacio para que los empleadores se arriesguen a generar más pasivos laborales, ya que las dificultades económicas están establecidas globalmente, pudiendo llevar a muchas economías a la recesión e incluso algunas a la depresión. Si no se puede probar esta necesidad de la empresa, se instala la posibilidad de que el despido sea considerado improcedente, generando el incremento de 30% en la indemnización por años de servicio, como discutiremos más adelante. Si ya es complicado poder asumir los gastos de las indemnizaciones por años de servicio actualmente, menos viable será especular pagarlas con incremento, empeorando la situación financiera de las empresas.

Si, por otro lado, el empleador puede verificar y probar que habrá gravedad en los aspectos financieros de la empresa de forma permanente, deberá adoptar algunas medidas para hacer uso de este despido. Las formalidades son:

- a) Aviso escrito al trabajador o trabajadora, con treinta días de anticipación, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva;
- b) La comunicación debe contener el monto total a pagar por indemnización por años de servicio (ya que esta causal es una oferta irrevocable del pago de esta indemnización por años de servicio); y
- c) Deberá contener, también, información por escrito del estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen, so pena de que el despido quede sin efecto.

No se requerirá el aviso previo cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada.

Como dicho, la causal de necesidades de la empresa es una oferta irrevocable de pago de indemnización por años de servicio. Esta indemnización se paga a los trabajadores que tengan más de un año de trabajo en la empresa, y es equivalente a una remuneración mensual por año trabajado o fracción superior a 6 meses, con tope de 11 remuneraciones (Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 2002 Artículo 163).

Para fines del cálculo de la indemnización se considerará como remuneración máxima el tope de 90 unidades de fomento (un poco más de dos millones y medio de pesos chilenos). Luego, si un trabajador gana más que eso, no se considerará su remuneración completa para el cálculo de la indemnización por año de servicio prevista en el Código del Trabajo (Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 2002 Artículo 172, inciso III).

Si el trabajador tiene remuneración fija, el monto de la indemnización se calcula por la última remuneración del trabajador o trabajadora. Si tiene remuneración variable, se hace un promedio de las últimas 3 remuneraciones del trabajador o trabajadora. En caso de los trabajadores a jornada parcial, como forma de evitar que el empleador utilice medios fraudulentos en el pago de esta indemnización, se considerará como última remuneración, el promedio de las remuneraciones percibidas por el trabajador durante toda la vigencia de su contrato o de los últimos once años del mismo (Monteiro Pessoa, 2019, p. 182).

El pago de esta indemnización por años de servicio podrá ser fraccionado si así acordare el empleador y el trabajador. En este caso, las cuotas deberán consignar los intereses y reajustes del período, y dicho pacto deberá ser ratificado ante la Inspección del Trabajo. No obstante, se hace una alerta. El simple incumplimiento del pacto hará inmediatamente exigible **el total de la deuda** y será sancionado con multa administrativa. Si tales indemnizaciones no se pagaren al trabajador, éste podrá recurrir al tribunal que corresponda, para que en procedimiento ejecutivo se cumpla dicho pago, pudiendo el juez en este caso incrementarlas hasta en un 150% (Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 2002 Artículo 169, incisos III y IV). Esto, nuevamente, es muy relevante, porque, aunque existe una posibilidad de pagar la indemnización en cuotas, ofreciendo alternativas viables para la administración de los pasivos de la empresa, el incumplimiento del acuerdo puede generar nuevos pasivos laborales, desde la multa administrativa, hasta una sanción por parte del magistrado laboral en caso de reclamo del trabajador o trabajadora por el incumplimiento.

Otra indemnización debida será en el caso que no se haya dado aviso previo de 30 días. En este caso se pagará la indemnización sustitutiva del aviso previo, equivalente a una remuneración mensual del trabajador o trabajadora.

Siempre se hace necesario verificar si en la empresa que despide existe algún instrumento colectivo vigente que otorgue una indemnización convencional por años de servicio mejor que la indemnización legal establecida en el Código del Trabajo.

Una prohibición para el uso de esta causal es el caso de los trabajadores y trabajadoras cuya relación laboral se encuentra legalmente suspendida por goce de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional. Esto incluye los casos de licencia por COVID-19 (Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 2002 Artículo 161, inciso III). En este caso, no hay espacio para el uso de la causal de necesidades de la empresa. No es que la licencia médica otorgue fuero a estos trabajadores, solamente se impone la mencionada prohibición para la causal del 161. Por lo tanto, no habría inconveniente para poner término al contrato de trabajo, de un dependiente con licencia médica, por las causales de los artículos 159 y 160 del Código del Trabajo. Por no otorgar fuero, no se utiliza la acción de desafuero para despedir un trabajador con licencia médica por necesidades de la empresa. Si despide, el trabajador o trabajadora con licencia médica por necesidades de la empresa, se puede pedir la nulidad del despido con reincorporación al trabajo.

Las consecuencias para el empleador si no utiliza adecuadamente la causal de necesidades de la empresa, es decir, cuando el despido es considerado **IMPROCEDENTE**, es la aplicación de un recargo de 30% sobre el monto de la indemnización por años de servicio (Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 2002 Artículo 168, inciso I, letra “a”). Aquí aprovecho para hacer una crítica desde el punto de vista del análisis económico del derecho. La causal de necesidades de la empresa, en la práctica siempre es utilizada cuando se quiere despedir sin arriesgar una indemnización por daño moral en el despido abusivo (que es el que no invoca ninguna causal, ya que no se conoce el monto en que puede ser fijada la indemnización por daño moral en los tribunales), o los elevados recargos del despido indebido (cuando se utiliza mal una causal de artículo 160 del CT, donde los recargos a la indemnización por años de servicio son más elevados: de 50% a 100%). Una causal de esta naturaleza, como es las necesidades de la empresa, debiera tener un mayor recargo, para evitar su uso desmedido.

Si el trabajador o trabajadora no está conforme con la causal de necesidades de la empresa, creyendo que la empresa no puede demostrar la imperiosa necesidad de su separación por razones económicas graves y permanentes en la empresa, establecimiento o servicio, la recomendación es no firmar el finiquito. Él o ella tendrán dos instancias para reclamar este despido improcedente. La primera es la Inspección del Trabajo que es la instancia administrativa para solicitar una mediación. La segunda es la instancia judicial, donde el trabajador o trabajadora tendrá un plazo de 60 días hábiles contados de su separación de la empresa para interponer una demanda en los juzgados de letras del trabajo (Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 2002 Artículo 168).

Si se reclama ante la Inspección del Trabajo, el plazo de 60 días hábiles para la demanda judicial se suspenderá, y seguirá corriendo una vez que termine el trámite en la Inspección del Trabajo. Sin embargo, aunque se suspenda el plazo por un reclamo en la IT, en ningún caso el trabajador o trabajadora podrá recurrir a un juzgado transcurrido 90 días hábiles desde su separación (Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 2002 Artículo 168, inciso final).

El procedimiento adoptado dependerá del valor de la contienda. Si es igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales, se utilizará el procedimiento monitorio, pero este exige que obligatoriamente el trabajador o trabajadora haya deducido reclamo ante la Inspección del Trabajo que corresponda. Este procedimiento es más rápido ya que tiene una

audiencia única de conciliación y prueba(Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 2002 Artículo 496).

De lo contrario, si la causa tiene un valor superior a 10 ingresos mínimos mensuales, se utilizará el procedimiento de aplicación general, que no exige el intento previo de mediación en la Inspección del Trabajo, pero que es un poco más largo, ya que tiene dos audiencias, una preparatoria y otra de juicio(Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 2002 Artículo 446).

Para interponer una demanda en los tribunales laborales se hace necesaria la representación por un abogado habilitado al ejercicio profesional por la Corte Suprema(Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 2002 Artículo 434). Sin embargo, existen algunas facilidades para obtener esta representación. Hoy día están las defensorías laborales u oficinas de defensa laboral, que son parte de las Corporaciones de Asistencia Judicial (un servicio público cuya finalidad es patrocinar judicialmente y de forma gratuita las personas que no cuenten con recursos para hacerlo), y también algunas clínicas jurídicas, presentes en las universidades que ofrecen el patrocinio de causas a la comunidad en general.

## CONCLUSIONES

Frente a las repercusiones económicas que afectan directamente el mundo laboral, este artículo se propuso a discutir la aplicación de la causal de necesidades de la empresa frente a la crisis sanitaria generada con la pandemia por COVID-19. Principalmente porque, los requisitos que autorizan el uso de esta causal de término de la relación de trabajo incluye las problemáticas económicas que una empresa, establecimiento o servicio pueda sufrir, por hechos no imputables a la persona del empleador.

Argumentamos que somos favorables a la mantención de los empleos e ingresos de los trabajadores de nuestro país para que esto posibilite hacer frente a los impactos económicos derivados de la crisis sanitaria y permitir una mejor recuperación del mercado y la economía en el final de las medidas de aislamiento social.

De ser imposible la mantención de uno o más trabajadores, lo que se debe verificar es si la crisis sanitaria que generó impactos económicos lo hace de forma grave y permanente, que puedan ser probados por el empleador. Las necesidades de la empresa deben ser de carácter objetivo (económico o técnico), con ajenidad, gravedad y permanencia. De ser

así estaría autorizado su uso sin el riesgo de que esto represente una futura demanda por improcedencia del despido por necesidades de la empresa, generando el incremento de la indemnización por años de servicio en un 30%, lo que generaría aún más pasivos laborales que no son bienvenidos en este escenario de presión económica rumbo a una recesión y si no se adopte buenas medidas, hasta una depresión económica.

La causal exige aviso escrito al trabajador o trabajadora, con treinta días de anticipación, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva.; la comunicación debe contener el monto total a pagar por indemnización por años de servicio (ya que esta causal es una oferta irrevocable del pago de esta indemnización por años de servicio); y deberá contener, también, información por escrito del estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen, so pena de que el despido quede sin efecto.

Demostramos cómo se configura la indemnización por años de servicio y su cálculo, y argumentamos que, si el trabajador no está conforme con la invocación de las necesidades de la empresa para separarlo de su empleo, no debe firmar el finiquito y podrá solicitar una mediación en la Inspección del Trabajo (instancia administrativa) o demandar al empleador en la justicia laboral (instancia judicial).

Ergo, es completamente posible que se utilice esta causal frente a la pandemia del COVID-19, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos. Todo cuidado es poco para que este despido sea utilizado de forma improcedente, con ausencia de diálogo, generando incertidumbres en otros trabajadores y pudiendo generar más pasivos laborales que posteriormente pueden, incluso, agravar la situación de las empresas en este complejo escenario que estamos viviendo.



## Bibliografía

- Caduff, C. (2015). *The pandemic perhaps: dramatic events in a public culture of danger*. Oakland, California: University of California Press.
- Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias. (2020). *Enfermedad por coronavirus, COVID-19*. Retrieved from [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/20200326\\_ITCoronavirus.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/20200326_ITCoronavirus.pdf)
- Corte de Apelaciones de Santiago. *Fulano con Fulana, Rol n° 3.946-98*. , (1999).
- Del Punta, R. (2015). *Diritto del Lavoro* (settima ed). Milano: Giuffrè Editore.
- Domínguez Montoya, Á. (2017). El despido por necesidades empresariales en los procesos de subcontratación en Chile. In Y. Pinto Sarmiento (Ed.), *Problemáticas en torno a la subcontratación: análisis a diez años de vigencia de la ley n° 20.123*. Santiago (Chile): Librotecnia.
- EDIG. (2019). Necesidades de la empresa propiamente tales. Artículo 161, Inc. 1°, Término por necesidades técnicas o económicas. In R. Garrido (Ed.), *Manual ejecutivo laboral, Núm. 72, Junio 2019*. Santiago (Chile): Ediciones Digitales y Desarrollo de Software Ltda.
- Gamonal Contreras, S., & Guidi Moggia, C. (2015). Manual del Contrato de Trabajo. In *Thomson Reuters* (4a edición). Santiago (Chile).
- Humeres Noguer, H. (2009). *Derecho del trabajo y de la seguridad social, Tomo I* (18a ed.). Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile.
- Infobae. (2020). Aislamiento social y cuarentena: así lucen las principales ciudades del mundo por el coronavirus. Retrieved April 1, 2020, from <https://www.infobae.com/america/fotos/2020/03/20/aislamiento-social-y-cuarentena-asi-lucen-las-principales-ciudades-del-mundo-por-el-coronavirus/>
- Instituto Nacional de Estadísticas. (2020). Comercio, servicios y turismo. Retrieved April 1, 2020, from <https://www.ine.cl/estadisticas/economia/comercio-servicios-y-turismo>
- International Labour Organization. (2020). *COVID-19 and the world of work: Impact and policy responses*. Retrieved from [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms\\_738753.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_738753.pdf)
- Lanata Fuenzalida, G. (2009). *Contrato individual de trabajo*. Santiago (Chile): LegalPublishing.

- López Oneto, M. (2013). *El principio de protección a la fuente del empleo en Chile*. Santiago (Chile): Thomson Reuters.
- Ministerio de Economía Fomento y Turismo. (2020). Ministros de Economía, RR.EE. y Trabajo anuncian medidas multisectoriales para contener efectos del Covid-19 en Chile. Retrieved April 1, 2020, from <https://www.economia.gob.cl/2020/03/06/ministros-de-economia-rr-ee-y-trabajo-anuncian-medidas-multisectoriales-para-contener-efectos-del-covid-19-en-chile.htm>
- Ministerio del Trabajo y Previsión Social. *Código del Trabajo*. , (2002).
- Mochón, F. (2006). *Principios de economía* (Tercera Ed). Madrid: McGrawHill.
- Monteiro Pessoa, R. (2019). *Derecho del Trabajo Sistematizado*. Temuco: UFRO University Press.
- Organización Internacional del Trabajo. *Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia*. , (2017).
- Organización Internacional del Trabajo. (2020). *Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus): Disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto del brote de COVID-19*. Retrieved from [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_739939.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_739939.pdf)
- Perdigones Domingues, A. (2016). *El despido objetivo por causas de empresa*. Universidad de Oviedo.
- Plá Rodríguez, A. (2015). Los principios del derecho del trabajo. In *Fundación de Cultura Universitaria* (3a edición). Montevideo.
- Thayer Arteaga, W., & Novoa Fuenzalida, P. (2009). *Manual de Derecho del Trabajo - Tomo IV* (Cuarta edi). Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile.
- Vargas Miranda, R. (2014). *Terminación del contrato de trabajo, tercera parte: artículo 161 del Código del Trabajo, Necesidades de la Empresa*. Santiago (Chile): Editora Metropolitana.
- World Health Organization. (2020). WHO characterizes COVID-19 as a pandemic. Retrieved April 1, 2020, from Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19) website: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>