



► Nota técnica que remite la Oficina de la OIT para los países del Cono Sur de América Latina a la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados del Congreso de Chile que discute a propósito del Proyecto de Ley que modifica el Código del Trabajo para eliminar el tope de indemnización por años de servicio (Boletín N°14.698-13)

Oficina de la OIT para el Cono Sur de América Latina
17 de enero de 2022

Por Humberto Villasmil, Especialista Principal en Normas Internacionales del Trabajo y Relaciones Laborales

I. Advertencia preliminar

- i. Los siguientes comentarios de la Oficina Internacional del Trabajo no prejuzgan en modo alguno sobre las opiniones y recomendaciones que los órganos de control de la OIT deseen formular en su día respecto de la aplicación de los convenios internacionales del trabajo vinculados con la ley que en su caso se adopte.
- ii. Las normas internacionales del trabajo que en lo que sigue se considerarán incluyen dos Recomendaciones de la OIT (**Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119)**¹ y la **Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982** (núm. 166) junto con **el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982** (núm. 158), el cual a la fecha no ha sido ratificado por Chile pero que, no obstante, constituye la norma central adoptada por la OIT en la materia que concierne al proyecto.

II. Antecedentes: la terminación de la relación de trabajo en el sistema normativo de la OIT.

1. Como se lee en el documento, **Examen diferido de los convenios. Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm 158) (Estudio breve)** del Consejo de Administración de 2000²

“La creación de normas internacionales del trabajo sobre la terminación de los contratos de empleo fue impulsada por una resolución adoptada en 1950 por la Conferencia Internacional del

¹ Este instrumento fue abrogado en 1982 pero se menciona para mostrar la evolución de las normas internacionales del trabajo sobre el tema.

² Consejo de Administración de la OIT, 279ª reunión (2000). LILS/WP/WRS. Primer punto del orden del día. Examen diferido de los convenios. Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm 158) (Estudio breve). <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb279/pdf/prs-1-3.pdf>

Trabajo. El primer instrumento creado en relación con este asunto fue -trece años después- la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo (núm. 119) que fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1963. En este instrumento ya figuraban recomendaciones importantes respecto a la justificación de la terminación, al preaviso, al derecho a presentar un recurso, a las indemnizaciones y a la protección de los ingresos, e incluía disposiciones relativas a la reducción de la fuerza de trabajo. ***Este instrumento -prosigue el párrafo 10 que citamos parcialmente- marcó el reconocimiento a nivel internacional de la idea de que es necesario proteger a los trabajadores frente a la terminación arbitraria e injustificada de su relación de trabajo y frente a las dificultades económicas y sociales inherentes a la pérdida de su puesto de trabajo (...)***³

2. En desarrollo de lo apuntado, se adopta la ***Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119)***⁴. Este instrumento fue inicialmente una *recomendación autónoma* por cuanto no había sido adoptado -a la fecha todavía- un convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, como ocurrió luego con el ***Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)*** que se ocupó de manera más amplia y sistemática de los efectos de la terminación de la relación de trabajo y de los derechos y deberes que involucra para trabajadores y empleadores.
3. El título segundo de la ***Recomendación 119 (Normas de aplicación general)*** estableció en su párrafo 5.1 que: ***“Los organismos mencionados en el párrafo 4 deberán estar facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso y para pronunciarse sobre la justificación de la terminación.”***, con lo que surgía un principio que se mantuvo luego: *la causalidad del despido*
4. Pero en lo que particularmente interesa a propósito del tópico del proyecto que se considera, el instrumento vino a sancionar que: “Si los organismos mencionados en el párrafo 4 llegasen a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo fue injustificada, deberían estar facultados para ordenar que el trabajador interesado, de no ser reintegrado en su empleo, pagándole, cuando proceda, el salario no percibido, reciba una ***indemnización adecuada*** o bien una reparación de otro género que podría ser determinado según los métodos de aplicación previstos en el Párrafo 1, o bien una combinación de ambas que serían análogamente determinadas”. (Párrafo 6). Esa Recomendación incluía otras

³ Ídem, págs. 2 y 3, párrafo 10.

⁴

indemnizaciones, como la que denominó **compensativa**, vinculada ésta, más bien, con la omisión del preaviso en un término razonable.

5. Como apunta el **Estudio breve (2000)** que se citó antes:

(...) El impulso que llevó a considerar la posibilidad de adoptar un instrumento adecuado que tuviese en cuenta los avances producidos desde 1963 vino dado en 1974 por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia con ocasión del **Estudio general sobre la aplicación de la Recomendación núm. 119**. En consecuencia, a iniciativa del empleador, la cuestión de la terminación de la relación de empleo se inscribió en el orden del día de la Conferencia de 1981 y, posteriormente, en 1982 se adoptaron el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 (pp. 2-3).

6. En efecto, la Conferencia Internacional del Trabajo de 1982 adopta el **Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)**⁵, junto con la **Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166)**⁶.

7. El Convenio 158 volvió a referirse a la **indemnización adecuada**⁷, en particular, en su Artículo 10º. que es de este tenor: “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una **indemnización adecuada** u otra reparación que se considere apropiada”.

8. La Recomendación 166 fue, esta sí, una recomendación vinculada, en este caso, al Convenio 158, distinta, por ende, a la Recomendación 119. Con todo, la Recomendación 166 si bien se ocupa de **las indemnizaciones por el fin de servicios u otras medidas de protección de los ingresos**, no menciona la voz **indemnización adecuada**, como lo había sido desde 1963 con la adopción de la Recomendación núm.119.

⁵ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158

⁶ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166. La Recomendación 166 y el Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, reemplazan a la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (Rec. 169) de 1963.

⁷ En idéntico sentido **la Carta Social Europea (revisada), Estrasburgo 1996**, dispuso en su Artículo 24: **(Derecho a protección en caso de despido)**.

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una **indemnización adecuada** o a otra reparación apropiada (...).”.

9. El Convenio 158 es, por tanto y a la fecha, ***la norma central del sistema normativo de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador***. Entró en vigor el 23 de noviembre de 1985 y tiene al momento 36 ratificaciones, número comparativamente moderado, si se toma en cuenta el tiempo transcurrido desde la adopción del instrumento, hace cuarenta años. ***Con todo, valga apuntar para matizar lo anterior, que el 25 % de las ratificaciones (9, en concreto) se dieron durante el siglo que corre y que 13 de ellas (36%) fueron por países de la OCDE. Cuatro países miembros del G-20 y uno del G-7 lo ratificaron, igualmente.***⁸
10. En el continente americano solamente está ratificado por dos países: Antigua y Barbuda (2002) y la República Bolivariana de Venezuela, que lo había hecho previamente en 1985. Brasil lo había ratificado en 1995 pero lo denunció al año siguiente.
11. Entre la adopción de la Recomendación 119 y del Convenio 158 y de su recomendación vinculada (Rec. 166) ***la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) le dedicó al tema dos Estudios Generales, lo que de por sí sugiere su relevancia y la importancia que siempre le asignó la CEACR, instancia sobre cuyos hombros descansa de manera muy relevante el control de aplicación regular de las normas internacionales del trabajo.***
12. En el Estudio General de 1974⁹ EG-1974) se hace mención (***Reparación Del Despido Injustificado: Reincorporación e Indemnización***) ***a la indemnización adecuada en el caso de despido injustificado, comentario que desde luego está referido a los términos de la Recomendación 119.*** Dice el EG-1974 : “A tenor del párrafo 6 de la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, los organismos competentes para pronunciarse sobre la justificación de la terminación deberían estar facultados para ordenar ***que el trabajador interesado, de no ser reintegrado en su empleo, pagándole cuando proceda el salario no percibido, reciba una indemnización adecuada***, o bien una reparación de otro género, que podría ser determinada según los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1 de la Recomendación, o bien una combinación de ambas que sería análogamente determinada. La recomendación prevé, por lo tanto, dos principales tipos de reparación en caso de despido injustificado, la reincorporación o la indemnización, dejando abierta la posibilidad de cualquier otra forma de reparación.”¹⁰
13. Una mención final a propósito de ese primer EG de la CEACR convendría hacer en atención al proyecto y sería que en el mismo se reconoce que, en una perspectiva

⁸ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312303

⁹ Terminación de la Relación de Trabajo. Estudio general de las memorias relativas a la Recomendación 119. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 59ª reunión, 1974. [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1974-4B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1974-4B).pdf)

¹⁰ Párrafo 90 p.49.

de derecho comparado, ***“la ley deja a veces el cálculo de su importe a la entera discreción del organismo competente; en otro caso, aun dejando el cómputo a la discreción del organismo competente, la ley indica algunos de los factores que deben tenerse en cuenta para determinar la indemnización, o fija su importe mínimo o máximo. En cierto número de países se prescribe que la terminación de la relación de trabajo injustificada dará derecho a una indemnización por el perjuicio sufrido; esas disposiciones especifican también a veces alguno de los factores que deben tomarse en consideración para evaluar la pérdida, como la costumbre, la naturaleza y la duración del servicio, la edad y los derechos adquiridos, o la pérdida de las prestaciones que habría recibido razonablemente el trabajador; otras veces indican un importe mínimo.”***¹¹

14. En ese marco comparativo, la legislación chilena asumió un modelo por el cual la indemnización dependerá del tiempo trabajado y del salario.
15. A propósito de ello el EG-1974 que comentamos apunta: ***“[e]n algunos países la legislación precisa el método que debe utilizarse para calcular la indemnización que corresponde al trabajador abusivamente despedido. Esta indemnización, que suele depender de los años de servicio, consiste en una proporción determinada de la remuneración del trabajador por cada año de servicio prestado, a lo que se añade en algunos casos una suma fija que debe pagar el empleador en concepto de sanción y en otros casos la remuneración correspondiente al periodo que se extiende de la fecha de despido a la de la sentencia.”***¹²
16. En 1995 y luego de varios años de vigencia del Convenio 158 la CEACR adoptó su segundo Estudio General sobre el tema que esta vez llevó por título: ***Protección contra el despido injustificado***¹³. Este estudio incluye un capítulo sexto, cuyo párrafo 259 es de este tenor: ***“Según el párrafo 1 del Artículo 12 del Convenio, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada, tendrá 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 servicio y del monto del salario (...)”***¹⁴
17. A propósito del tema que interesa, valga apuntar que el párrafo 262 de este EG-1995 vino a decir: ***“La indemnización por fin de servicios, que es una de las formas de protección de los ingresos, debe distinguirse tanto de la indemnización por terminación injustificada, cuando no se considere posible, dadas las***

¹¹ *ídem*, Párrafo 97, págs. 52-53.

¹² *ídem*, Párrafo 98, págs. 53-54.

¹³ Protección contra el despido injustificado. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm.166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 82ª reunión, 1995.

¹⁴ *ídem*, pág.107.

*circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador (Artículo 10), como de la indemnización compensatoria en lugar del preaviso (Artículo 11). Estas tres indemnizaciones varían en función de los criterios que se tengan en cuenta para determinar su cuantía: en el caso del Artículo 10, cuando el organismo competente ordena la indemnización, debe ordenar también que sea adecuada (...)*¹⁵

18. La referencia a la indemnización adecuada del Convenio 158 trae antecedentes de la Recomendación 119 de 1963. El EG-1995 en su párrafo 267 y a propósito de lo que interesa reiteró que ***“[l]a indemnización por fin de servicios desempeña un papel importante en la protección de los ingresos en los países en los que el sistema de seguridad social no prevé o prevé de modo insuficiente esta protección. También reviste a veces el carácter de una gratificación por el empleador en recompensa de los servicios prestados. La indemnización es una obligación que incumbe al empleador, mientras que los programas de seguridad social suelen ser financiados con cargo a contribuciones de los trabajadores y de los empleadores o por la hacienda pública.”***¹⁶

19. Una última mención de este EG-1995 convendría hacer para referir al monto de la indemnización, tópico que le ocupó. En el párrafo 272 se menciona que ***“el monto de la indemnización es a veces fijo, por ejemplo, el equivalente al salario de uno o dos meses - como es el del caso de varias legislaciones latinoamericanas. Pero en la mayor parte de los países del mundo está en función de la antigüedad, en base al salario o a un coeficiente fijo”***¹⁷.

Este es precisamente el modelo de la legislación chilena que se inscribe entre las que reconocen una ***indemnización a forfait***, esto es, preestablecida por la ley como norma imperativa e *irrenunciable* (Artículo 5º. Código del Trabajo).

Según el proyecto se trata de eliminar el tope del monto de la indemnización (330 días u 11 años), previsto en el Artículo 163 del Código del Trabajo.

20. Siendo que el Convenio 158 es la norma central que a la fecha el sistema normativo de la OIT dedica al tema, no puede omitirse que con relación a su alcance, e incluso a la propuesta de que el instrumento sea revisado, la misma CEACR se ha hecho eco de ello en el EG-1995 que se acaba de mencionar.

21. Para referir sucintamente los términos de esta discusión, que todavía pervive, y procurando dejar asentadas las distintas visiones sobre el tema, conviene citar *in extenso* los párrafos 377 a 380 del Estudio General de 1995.

“La protección de la seguridad del empleo ha estado, y sigue estando, en el centro de los debates. En la lógica de una cierta

¹⁵ *ídem*, pág.107.

¹⁶ *ídem*, pág 109.

¹⁷ Como la chilena.

doctrina vinculada a la economía de mercado, la crítica se ha dirigido esencialmente a la supresión o a las restricciones a la libertad del empleador de dar por terminada la relación de trabajo, a los plazos de procedimiento que han de respetarse y a las indemnizaciones que han de pagarse. El crecimiento de los costos de la mano de obra que resultarían de la protección de la seguridad del empleo disuadiría a los empleadores de proceder a la contratación y les impediría adaptarse rápidamente a los cambios. ***La rigidez de algunas normas de protección actuaría, además, en contra de la productividad y de la movilidad de los trabajadores. En otros términos, las obligaciones y los costos de la seguridad del empleo tendrían efectos negativos en la eficacia productiva y en el empleo***¹⁸.

Pero el Estudio matiza la visión anterior y en este sentido agrega:

“Va de suyo que la realidad de estos efectos negativos está en función del mayor o menor rigor con que se regula la seguridad del empleo en el ámbito nacional. (...) existen, sin embargo, buenas razones [...] para pensar que la orientación moderada, la más usual, de la protección de la seguridad, tiende a limitar la pérdida de empleos debida a las terminaciones injustificadas y a moderar las reducciones de efectivos por razones económicas, al tiempo que colabora en una incidencia positiva en la eficacia productiva y en la capacidad de innovación de los jóvenes (...)”¹⁹.

Dos párrafos finales del Estudio General que se refiere parecerían concluyentes a propósito de la posición de la CEACR con relación a este tópico en lo que hace ***a la correlación entre la estabilidad y la flexibilidad***. En este sentido, el párrafo 379 es de este tenor:

“Por último, los recientes trabajos realizados en la OIT destacan las relaciones entre flexibilidad y estabilidad. La estabilidad en el empleo y en las relaciones de trabajo, al impulsar especialmente a los empleadores a invertir en capital humano y a los trabajadores a aceptar los cambios y la movilidad, no constituye obstáculo alguno, sino que, por el contrario, favorece los ajustes estructurales. La estabilidad y la flexibilidad tienen una interdependencia mutua. La Comisión subraya que la protección adecuada contra la terminación no está en contradicción, en principio, con las nuevas formas de relaciones de trabajo, que permiten a las empresas la adaptación de los recursos humanos a las transformaciones que se producen en el plano económico”²⁰.

Por fin:

¹⁸ Párrafo 377, pág. 151

¹⁹ Párrafo 378, pág. 151-152

²⁰ Párrafo 379, pág. 152

"Como se ha señalado con ocasión de la adopción de los instrumentos de 1982, éstos constituyen una combinación coherente y armoniosa de tres elementos: los principios universales de justicia y equidad, las instituciones y los procedimientos. Establecen una protección mínima que ha de acordarse en todo el mundo, una protección particularmente necesaria para todos los trabajadores. La Comisión espera haber demostrado en su estudio que los diferentes argumentos sobre la supuesta prohibición absoluta de dar por terminada la relación de trabajo, las obligaciones y los costos elevados de la terminación no son la consecuencia necesaria de las obligaciones vinculadas a la ratificación del Convenio núm. 158. (...)"²¹.

22. De cualquier manera, no podemos omitir que en la discusión que se dio en la Conferencia Internacional del Trabajo de ese año sobre el Estudio General de la CEACR las posiciones de nuestros mandantes no fueron coincidentes. El sector empleador se mostró en ocasiones crítico del estudio; distinta valoración sobre el mismo mostró el grupo de los trabajadores.
23. A propósito de lo apuntado antes y considerando la experiencia acumulada desde la adopción del Convenio 158 y de la Recomendación 119, el ***Estudio breve del Grupo de Trabajo sobre política de revisión de normas del 2000*** dijo: "Los instrumentos de 1982 (se está refiriendo al convenio y a la recomendación) establecen una ***protección mínima que ha de acordarse en todo el mundo, una protección particularmente necesaria para todos los trabajadores. Estas terminaciones [...] deben poder llevarse a cabo en condiciones tales que, por una parte, las empresas [...] puedan sobrevivir y desarrollarse y, por otra parte, se asegure a los trabajadores un mínimo de protección de seguridad del empleo. El Convenio –continúa el documento del Grupo de Trabajo- parece ser perfectamente adecuado para alcanzar estos dos objetivos aparentemente inconciliables***"²².
24. Más de una década después, en 2011, la Oficina preparó un ***Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166) Ginebra, 18-21 de abril de 2011***²³, del cual valdría la pena destacar algunos párrafos:

²¹ Párrafo 380, pág. 152

²² Cit: Consejo de Administración de la OIT, 279º reunión (2000). LILS/WP/WRS.pág. 4.

²³ Con todo, el siguiente párrafo resume la posición de un grupo u otro en el marco de la discusión de este documento en el seno del Consejo de Administración, en noviembre del 2000: "En el curso de la discusión sobre el Estudio general que se entabló en la Conferencia, los miembros empleadores decidieron explicaciones pormenorizadas sobre su opinión del Estudio general y del Convenio núm. 158. A su parecer, la Comisión de Expertos tendía a efectuar interpretaciones amplias del Convenio que aportaban un carácter rígido a algunas de sus disposiciones; aparentemente la Comisión de Expertos desconfiaba de cualquier forma de flexibilidad; y el Estudio general presentaba ciertas nociones económicas que no correspondían

61. Indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos (artículo 12). El Convenio reconoce por igual la indemnización por fin de servicios y las prestaciones de otras formas de seguridad social financiadas por el empleador como métodos para proteger los ingresos en caso de terminación. La CEACR ha hecho hincapié en el hecho de que el Convenio deja al arbitrio de los países la determinación del sistema de protección de los ingresos que mejor se adapte a sus condiciones específicas. ***En efecto, nada impide que los países pasen gradualmente de un sistema que sólo otorgue una indemnización por fin de servicios a otro en el que esta protección se vea reforzada por otra protección parcial en virtud de un sistema de seguridad social que ofrezca prestaciones de desempleo, o a otro que únicamente otorgue prestaciones de seguro de desempleo.***

62. *En el Estudio General de 1995 la CEACR señaló que la indemnización por fin de servicios desempeña un papel importante en la protección de los ingresos en aquellos países en que el sistema de seguridad social no prevé esta protección o prevé una protección insuficiente en este sentido. También hizo notar que cada vez más países establecían sistemas de seguridad social. De los 163 países que en 1993 habían establecido un sistema de seguridad social, 63 habían establecido un régimen de prestaciones de desempleo. Otros 15 países cuentan en la actualidad con sistemas obligatorios de prestaciones de desempleo, lo que supone un total de 78 países con este tipo de sistemas (...)*²⁴.

25. Pero, este **Documento de referencia** se refirió particularmente a la legislación chilena. Es cierto que el mismo tiene ya 20 años de haber sido publicado y que Chile no ha ratificado el Convenio 158. Sin embargo y considerando el texto del artículo 163, que por lo demás y en lo que nos ocupa no se modificó, la Oficina no encontró entonces un impedimento mayor para que Chile hubiera podido ratificar el Convenio 158 a propósito de las indemnizaciones por despido, según

con la realidad, sobre todo cuando era necesario proceder al despido por razones económicas. En opinión de los miembros empleadores, el Estudio general comprendía detalles e interpretaciones que establecían un nivel de protección de los trabajadores que iba más allá del que garantizaba el Convenio. El bajo índice de ratificación, debido a la dificultad para cumplir los requisitos del Convenio, debería considerarse como un «criterio realista de evaluación» 6. Esta es la razón por la que el Convenio núm. 158 debería ser revisado lo antes posible. Por otra parte, los miembros trabajadores consideraron que el Estudio general contribuía a esclarecer y explicar algunos términos del Convenio, que comprendía cláusulas de flexibilidad y respaldaba el derecho de los empleadores a despedir a trabajadores por causas justificadas, y que tenía en cuenta las diferencias nacionales. En su opinión, el Convenio núm. 158 es ahora tan pertinente en el contexto de la mundialización como en cualquier otra época pasada. Los miembros trabajadores mostraron su acuerdo con la idea que aparecía en el Estudio general de que «la estabilidad del empleo es (tan) favorable (...) para las inversiones de capitales como para la cualificación de los trabajadores y es un factor de paz social» (...)", párrafo 13. pág.4.

²⁴ https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2011/111B09_27_span.pdf, pag.19

el régimen actual que corresponde a treinta (30) días de salario por año con un tope de 11 años.

26. En relación con la legislación chilena el **Documento de referencia** hizo comentarios puntuales en este sentido:

95. Chile no ha ratificado el Convenio. En el Estudio General de 1995 se informó de que el país experimentaba dificultades en relación con la aplicación del artículo 13²⁵, y no se ofrecía información sobre las perspectivas de ratificación. En el Estudio breve de 2001 se indicaba que Chile era una de los 15 Estados Miembros que no excluían la cuestión de la ratificación, la estaban examinando o la analizarían nuevamente una vez eliminados los obstáculos de la legislación nacional. Actualmente, el Gobierno no ha incluido en su programa la intención de ratificar el Convenio ni la de modificar la legislación relativa a la terminación de la relación de trabajo o la protección contra el despido injustificado.²⁶

96. Métodos de aplicación, campo de aplicación y definiciones. El Código del Trabajo de Chile se aplica a todos los trabajadores excepto los funcionarios, los trabajadores de empresas o instituciones del Estado y los trabajadores independientes. Los servicios prestados por personas que ejecutan trabajos directamente al público o aquellos que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio no dan origen a un contrato de trabajo

²⁵ Se destacó entonces una eventual dificultad o brecha de cara a la ratificación del instrumento, pero a propósito del Artículo 13 del Convenio 158 que dice así y que se lee en **Parte III. Disposiciones Complementarias Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Motivos Económicos, Tecnológicos, Estructurales o Análogos**

Artículo 13

1. Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos:

(a) proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones;

(b) de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos.

2. La aplicación del párrafo 1 del presente artículo se podrá limitar, mediante los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio, a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a una cifra o a un porcentaje determinados del personal.

3. A los efectos del presente artículo, la expresión representantes de los trabajadores interesados se aplica a los representantes de los trabajadores reconocidos como tales por la legislación o la práctica nacionales, de conformidad con el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971.

²⁶ *idem*, pág.31

y, por consiguiente, no entran dentro del campo de aplicación del Código del Trabajo de Chile. También quedan excluidos los egresados de una institución de educación superior o de la enseñanza media técnico-profesional, durante un tiempo determinado. Los trabajadores domésticos y el personal directivo están sujetos a normas específicas en relación con la terminación de la relación de trabajo.²⁷

108. Además de la protección de los ingresos que garantiza el sistema del fondo de cesantía, cuando la causa de la separación no puede atribuirse al trabajador (despido o deshaucio), los empleadores deberán abonar a los trabajadores una indemnización de 30 días de salario por cada año de servicio prestado de forma discontinua hasta un límite máximo de 330 días de remuneración, siempre que el contrato tenga una duración mínima de un año. Esta obligación mínima de indemnizar se extingue si un acuerdo individual o colectivo establece condiciones más favorables. Los trabajadores domésticos, que no pueden acogerse al régimen del seguro de desempleo, tendrán derecho a una indemnización diferente. Si un tribunal declara que se trata de un despido injustificado, indebido o improcedente, la compensación se incrementará en un 30 por ciento. Si se considera que no se ha invocado una causa plausible para el despido, la compensación se incrementará en un 50 por ciento. Si los motivos del despido por causa de conducta resultaran infundados, la compensación se incrementará en un 80 por ciento. Por último, el aumento de la compensación será del 100 por cien si el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal.²⁸

27. En este sentido, parece evidente que, si el tope indicado se suprimiese y, en la eventualidad de que Chile decidiera ratificar el Convenio, esta decisión estaría en línea con el mismo. El **Documento de referencia** registró una posible brecha en particular respecto del artículo 13 del Convenio, pero no así a propósito del artículo 10.

28. Con todo, lo que se discute justifica deberá atender a efectos más generales que el que pudiera sugerir de una consideración aislada de la modificación del inciso 2 del Art. 163 del Código del Trabajo de Chile por el que se eliminaría el tope de una indemnización, más aún en cuenta de que según el artículo 1º. del Convenio corresponde a la legislación y la práctica nacional, incluyendo contratos colectivos, laudos arbitrales, sentencias judiciales o cualquier otra forma conforme a ella, decidir el modo de aplicación del mismo y,

²⁷ *ídem*, pag.31-32

²⁸ *ídem*, pág.35

en concreto, lo que el artículo 10 dispone sobre la “**indemnización adecuada** u otra reparación que se considere apropiada”.

29. En su 303.^a reunión (noviembre de 2007), el Consejo de Administración convino en retomar la discusión sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166. A este propósito se presentó **la Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo** que “fuera originariamente preparada para facilitar las consultas sobre los dos instrumentos que tuvieron lugar en noviembre de 2008”., se entiende dar una visión global del Convenio. La nota se ha actualizado, prosigue el texto que nos ocupa, para reflejar los resultados de la 79.^a reunión de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (noviembre-diciembre de 2008)²⁹.

30. En las observaciones finales de la Nota, al momento de evaluar la **flexibilidad** prevista en el Convenio se señala “que las investigaciones económicas sobre los efectos de la legislación laboral, y en particular de las disposiciones relacionadas con el despido, no dan lugar a resultados claros: según algunas teorías, la LPE³⁰ debería redundar en una situación de empleo más estable, pero los datos al respecto no son concluyentes. En segundo lugar, se puede sostener que la flexibilidad y la seguridad no son conceptos opuestos, sino complementarios, cuyo fundamento se encuentra en un nivel de protección adecuada que mantenga el bienestar social y refuerce el comportamiento eficaz de las empresas. En este sentido, las disposiciones del Convenio no son restrictivas, sino que establecen una base mínima común para adoptar una legislación sobre protección del empleo que no comprenda umbrales cuantitativos³¹.”

31. La Comisión de Expertos, en 2008, adoptó una observación general sobre el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, adoptada en su 79.^a reunión, 2008, de cuyo texto destacaríamos dos párrafos que en buena medida recapitulan sobre la secuencia que hemos querido mostrar y que guardan relación con el equilibrio del Convenio en lo que corresponde a la seguridad y a la flexibilidad:

“La Comisión advierte que muchos más países que aquellos que han ratificado el Convenio dan efecto a sus principios básicos tales como el preaviso, la oportunidad de defenderse antes del despido, la causa justificada y el recurso ante un órgano independiente. La mayoría de los países que hayan ratificado o no el Convenio, cuentan en la legislación nacional vigente con disposiciones que se conforman con algunos o todos de los requisitos básicos del Convenio”.

²⁹ <https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2009/457731.pdf> p.iii

³⁰ Legislación de protección del empleo.

³¹ *ídem*, pág. 29

Y así mismo: ***“La Comisión entiende que en los principios básicos del Convenio hay un equilibrio bien construido entre los intereses del empleador y los intereses del trabajador como lo demuestran las disposiciones sobre despidos por motivos relacionados con las necesidades del funcionamiento de la empresa. Lo anterior tiene particular importancia en el contexto de la crisis financiera actual. Dado que el Convenio apoya a las empresas productivas y sostenibles, se reconoce que un derrumbe económico puede ser causa justificada de despido”***.³²

32. En la secuencia que hemos querido mostrar, conviene mencionar por fin que en la ***Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*** se dijo que: “Los gobiernos, en cooperación con las empresas multinacionales y con las empresas nacionales, deberían ***asegurar alguna forma de protección de los ingresos de los trabajadores cuya relación de trabajo se haya dado por terminada***”³³ y que:

33. El ***Pacto Mundial para el Empleo*** (Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión, Ginebra, 19 de junio de 2009), incluyó lo siguiente: “Además de los convenios fundamentales, hay varios convenios y recomendaciones internacionales del trabajo pertinentes en este ámbito. Entre ellos se incluyen los instrumentos de la OIT relativos a la política de empleo, los salarios, la seguridad social, la relación de trabajo, ***la terminación de la relación de trabajo***, la administración y la inspección del trabajo, los trabajadores migrantes, las condiciones de trabajo en el marco de los contratos públicos, la seguridad y salud en el trabajo (SST), las horas de trabajo y los mecanismos de diálogo social. (***Fortalecer el respeto de las Normas Internacionales del Trabajo*** 14.2).

III. Conclusiones

I. La adecuación de la indemnización establecida en el artículo 10 del C158 debe leerse como consecuencia de la falta de justificación del despido o de la ausencia de causalidad del mismo: -“...***a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*** (...)” (Art. 2º)- como se apuntó antes.

II. El artículo 10 y el artículo 12 del C158 regulan situaciones distintas, como igualmente se adelantó. La ***indemnización*** ante la falta de justificación del

³²https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNT_RY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3066695,,2008

³³ Adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204.ª reunión (Ginebra, noviembre de 1977) y enmendada en sus 279.ª (noviembre de 2000), 295.ª (marzo de 2006) y 329.ª (marzo de 2017) reuniones.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf. Párrafo 36, “.11

despido tiene como tal un carácter reparatorio o de resarcimiento de perjuicios, por lo que el C158 habla de **indemnización -adecuada** en este caso- y la Recomendación 166 de **indemnización** a secas.

III. La **indemnización adecuada** -u otra reparación que se considere apropiada- opera, en los términos del Convenio, para el caso de que la relación de trabajo termine de forma injustificada y no fuera posible -dadas las circunstancias- anularla y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador (Art. 10).

IV. Por su parte, el Artículo 12 del C158, dedica sus tres literales a normar situaciones distintas:

- a. Una **indemnización por fin de servicios** u otras prestaciones análogas, **cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario** (literal a);
- b. **prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social** (literal b);
- c. una **combinación de tales indemnizaciones o prestaciones** (literal c).

V. El **EG-1995 de la CEACR (Protección contra el despido injustificado)**, que se citó antes, se ocupó específicamente de precisar el alcance de estas tres situaciones. Conviene citar en este sentido dos párrafos del mismo:

262. La indemnización por fin de servicios, que es una de las formas de protección de los ingresos, debe distinguirse tanto de la de indemnización por terminación injustificada, cuando no se considere posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador (artículo 10) como de la indemnización compensatoria en lugar del preaviso (artículo 11). Estas tres indemnizaciones varían en función de los criterios que se tengan en cuenta para determinar su cuantía: en el caso del artículo 10, cuando el organismo competente ordena la indemnización, debe ordenar también que sea adecuada; en el caso del artículo 11, la indemnización debe ser de tal naturaleza que compense el hecho de que el trabajador no haya sido informado con antelación de la decisión del empleador, en un plazo de preaviso razonable; la cuantía de la indemnización prevista en el artículo 12 debe calcularse según los criterios previstos en la legislación y en la práctica nacionales, pero en cualquier caso en función, entre otros criterios, del tiempo de servicios y del monto del salario. (...).

264. Un trabajador cuya relación de trabajo se ha dado por terminada, puede por tanto disfrutar de una indemnización por fin de servicios o de otras prestaciones similares, ya sea de prestaciones de seguro de desempleo o de asistencia a los

desempleados o de otras prestaciones de seguridad social, ya sea de una combinación de estas indemnizaciones y prestaciones. Sin embargo, en virtud del artículo 12, párrafo 2, cuando no reúna las condiciones exigidas para tener derecho o las prestaciones de un seguro de desempleo o de asistencia a los desempleados, en virtud de un sistema de alcance general, no será exigible el pago de las indemnizaciones por fin de servicios o de prestaciones similares por el solo hecho de que no reciba prestaciones de desempleo”³⁴.

VI. Si bien las menciones y desarrollos de los órganos de control de la OIT a propósito de lo que deba entenderse por indemnización adecuada y, en concreto, sobre la procedencia de fijar topes a la indemnización han sido hasta ahora escasas, no puede dejar de mencionarse que otras normas internacionales del trabajo se orientan en el sentido de que “[**todo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para coordinar su régimen de protección contra el desempleo y su política de empleo. A tal fin deberá procurar que su sistema de protección contra el desempleo y en particular las modalidades de indemnización del desempleo contribuyan al fomento del pleno empleo, productivo y libremente elegido, y no tengan por efecto disuadir a los empleadores de ofrecer un empleo productivo ni a los trabajadores de buscarlo**]” (*Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168)*, Artículo 2)³⁵

VII. A partir de una lectura armónica de las NITs vinculadas con el tema, nos parece claro que la finalidad de proteger los ingresos de los trabajadores mediante una indemnización, seguro de desempleo o una combinación de ambas, no puede perder de vista el objetivo estratégico del empleo, que es precisamente una de las dimensiones del Trabajo Decente.

VIII Lo que se discute exige, ciertamente, una aproximación al tema que no desatienda la perspectiva de la seguridad social y de la protección del ingreso del trabajador al momento del término de la relación de trabajo -tópicos cuya relevancia hemos intentado destacar- pero que al mismo tiempo considere a **la estabilidad y a la seguridad en el empleo**, conceptos que por cierto la CEACR ha distinguido³⁶.

³⁴ Cit, Páginas 107 y 108.

³⁵ No ratificado por Chile.

³⁶ 53. Por consiguiente, las normas relativas a la terminación de la relación de trabajo pueden concebirse como una forma de control reglamentario del ejercicio del poder contractual privado por parte de los empleadores. Este es el fundamento del concepto de seguridad del empleo, lo cual difiere de la estabilidad del empleo. Esto último puede existir incluso en una situación en la que la autoridad del empleador respecto a los despidos no se halla sujeta a un control regulador externo. Y es que la noción de seguridad en el empleo va más allá de la simple expectativa de que una relación de trabajo perdure en el tiempo (...).

55. Por consiguiente, una definición válida de la seguridad del empleo podría ser «la existencia de cierta forma de intervención reguladora concebida para proteger a los trabajadores frente a la adopción de decisiones arbitrarias por parte de la directiva». Como tal, respalda la estructura íntegra de las reglamentaciones que inciden en la relación de empleo individual, es decir, las normas que rigen los términos y condiciones fundamentales del empleo, la protección de los salarios, el proceso disciplinario, y la protección contra la discriminación, y no simplemente el proceso de terminación de la relación de trabajo

IV. Máximos de indemnizaciones por años de servicio en otras legislaciones

País	Tope	Norma
Argentina	Tope a la remuneración mensual utilizada para el cálculo, según promedios en el convenio colectivo	Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744. Art. 245.
Bolivia	Sin tope	Ley General de Trabajo. Art. 13.
Chile	Tope 330 días (11 meses) de remuneración	Código del Trabajo. Art. 163.
Colombia	Sin tope	Código Sustantivo del Trabajo. Art. 64.
Costa Rica	Sin tope pero cantidad de días/año trabajado se va reduciendo progresivamente	Código del Trabajo. Artículo 29.
Ecuador	Tope 25 meses de remuneración	Código del Trabajo. Art. 188.
España	Tope 24 mensualidades (C158 ratificado)	Estatuto de los Trabajadores. Artículo 56.
Francia	Tope 20 meses salario (C158 ratificado) , según baremo anexo (*).	Code du travail. Article L1235-3
Italia	No menos de 6 y no superior a 36 mensualidades.	Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2018, n. 96 (in G.U. 11/08/2018, n. 186)
Perú	Sin tope	TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE COMPENSACIÓN POR TIEMPO DE SERVICIOS, DECRETO SUPREMO N° 001-97-TR
Panamá	Sin tope (3.4 semanas/año de servicio hasta los 10 años, en adelante 1 semana/año servicio)	Código del Trabajo, Art. 225.
Portugal	Sin tope, con piso de 3 meses remuneración (C158 ratificado) . Art. 391.	Código do Trabalho. Art. 391.
República Dominicana	Sin Tope	Código del Trabajo Art. 80.
Uruguay	Tope 6 meses de remuneración	Ley N° 10489. COMERCIO. REGIMEN HORARIO. FIJACION. Art. 4.

(*) [Article L1235-3](#)

[Modifié par LOI n°2018-217 du 29 mars 2018 - art. 11](#)

Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

Si l'une ou l'autre des parties refuse cette réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans le tableau ci-dessous.

(...)" Examen diferido de los convenios. Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm 158) (Estudio breve) del Consejo de Administración de 2000, cit, p. 18.

<u>Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)</u>	<u>Indemnité minimale (en mois de salaire brut)</u>	<u>Indemnité maximale (en mois de salaire brut)</u>
0	Sans objet	1
1	1	2
2	3	3,5
3	3	4
4	3	5
5	3	6
6	3	7
7	3	8
8	3	8
9	3	9
10	3	10
11	3	10,5
12	3	11
13	3	11,5
14	3	12
15	3	13
16	3	13,5
17	3	14
18	3	14,5

19	3	15
20	3	15,5
21	3	16
22	3	16,5
23	3	17
24	3	17,5
25	3	18
26	3	18,5
27	3	19
28	3	19,5
29	3	20
30 et au-delà	3	20

En cas de licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les montants minimaux fixés ci-dessous sont applicables, par dérogation à ceux fixés à l'alinéa précédent :

<u>Ancienneté du salarié dans l'entreprise (en années complètes)</u>	<u>Indemnité minimale (en mois de salaire brut)</u>
0	Sans objet
1	0,5
2	0,5
3	1
4	1

5	1,5
6	1,5
7	2
8	2
9	2,5
10	2,5

Pour déterminer le montant de l'indemnité, le juge peut tenir compte, le cas échéant, des indemnités de licenciement versées à l'occasion de la rupture, à l'exception de l'indemnité de licenciement mentionnée à l'article [L. 1234-9](#).

Cette indemnité est cumulable, le cas échéant, avec les indemnités prévues aux articles [L. 1235-12](#), [L. 1235-13](#) et [L. 1235-15](#), dans la limite des montants maximaux prévus au présent article.

Conformément à l'article 40-I de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, ces dispositions sont applicables aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de ladite ordonnance.

Apéndice:

Normas internacionales del trabajo y documentación de la OIT mencionada a lo largo de la nota:

1. Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158),
2. Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168).
3. Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119)³⁷.
4. Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166).
5. Terminación de la Relación de Trabajo. Estudio general de las memorias relativas a la Recomendación 119. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 59ª reunión, 1974.
6. Protección contra el despido injustificado. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm.166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 82ª reunión, 1995.
7. Examen diferido de los convenios. Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm 158) (Estudio breve) del Consejo de Administración de 2000.
8. Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166) Ginebra, 18-21 de abril de 2011.
9. Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo.
10. Comisión de Expertos en 2008. Observación general sobre el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, adoptada en su 79.ª reunión, 2008.
11. Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social.
12. Pacto Mundial para el Empleo (Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo

³⁷ Este instrumento fue abrogado en 1982 pero se menciona para mostrar la evolución de las normas internacionales del trabajo sobre el tema.