



FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE POST-GRADO

MAGÍSTER EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

**“Análisis del Artículo 161 con la Entrada de las Nuevas
Tecnologías y su Posible Límite”**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN FINAL

FRANCISCO J. VALDÉS VALDÉS

ENERO DE 2024

Resumen

Con la llegada imparable de las nuevas tecnologías, nuestra sociedad se está adaptando a tales sistemas tecnológicos, como también el mundo laboral, ya que estas nuevas tecnologías están reemplazando a la mano de obra humana, ya que su costo es relativamente menor y es más eficiente, que una persona, debido a que la segunda, se le tiene que pagar remuneraciones y sus respectivas prestaciones de seguridad social, por tanto, un método más fácil que podrían usar los empleadores para reducir costo y pagar demás, es el despido, y el que más se acerca a aquello es el artículo 161, inciso primero, por eso, este trabajo tiene la intención de estudiar dicha normativa, empezando con un análisis general de dicho artículo, profundizaremos con su inciso primero, además de ver sus teorías, jurisprudencia, un posible problema y sugerir soluciones respecto a esta problemática. Todo esto debe, desde ya empezarse a ver y generar debate, para así evitar posibles conflictos sobre esta temática en nuestra legislación.

Índice

1. Introducción.....	4
2. Análisis del Artículo 161 del Código del Trabajo.....	5
2.1 Análisis del Artículo 161 Inciso Primero del Código del Trabajo.....	7
3. Despido por Crisis y Excesiva Onerosidad.....	12
3.1. Despido por Crisis o Crisis Empresarial.....	12
3.2. Excesiva Onerosidad.....	15
4. Jurisprudencia Referente al Artículo 161, Inciso Primero.....	19
4.1. Jurisprudencia en relación a la teoría de despidos por crisis o crisis empresarial.....	19
4.2. Jurisprudencia en relación a la teoría de la excesiva onerosidad.....	21
5. El problema del artículo 161, respecto al despido tecnológico.....	24
5.1. Propuesta para limitar el despido tecnológico.....	26
6. Conclusiones.....	33
7. Bibliografía, Jurisprudencia Utilizada y Linkografía.....	35

1.- Introducción.

Las nuevas tecnologías llegaron para quedarse en nuestra sociedad, y es que queda claro, en nuestro día a día, lo podemos apreciar, por ejemplo, en el uso de nuestros celulares, facilitando nuestras tareas de manera muy cómoda, utilizando solamente nuestros dedos, por un lado, es positivo, pero esto también aplica puntos negativos. El arribo de la automatización ha preocupado a varios sectores productivos y trabajadores¹, ya que estas máquinas, pueden realizar funciones de producción de una forma más rápida, eficiente y posiblemente a menor costo, comparada con un trabajador.

De lo anterior es muy tentador para las empresas en implementar estas nuevas tecnologías, y a la vez una amenaza para los trabajadores ya que pueden perder sus empleos, quedando sin sustento económico y dejando a la incertidumbre a sus familias. Es más, se estima que más de 300 millones de empleos a tiempo completo en todo el mundo, podrían automatizarse a causa de las nuevas tecnologías². En Chile, se estimó que el promedio de automatización del empleo en Chile fue 45,6% en 2022³, habrá que esperar las estadísticas para el año 2023, pero las cifras son alarmantes.

De este inminente panorama ¿Nuestro Código del Trabajo, tiene algún respaldo jurídico que dé una solución, límite o guía a dicha problemática? Analizando dicho código, en sus artículos 159 y 161, no dicen nada al respecto, pero el artículo 161, tiene algo relacionado con esto debido a lo siguiente: *“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”*, claramente puede tener una cercana relación con las nuevas tecnologías ya que señala la palabra modernización y que posiblemente pueda ser causa habilitante para el despido,

¹<https://www.df.cl/economia-y-politica/laboral-personas/automatizacion-como-causal-de-despido-fallo-judicial-alerta-a-expertos> (visto el 16 de octubre de 2023).

² <https://cnnespanol.cnn.com/2023/03/29/chat-gpt-ia-podrian-afectar-300-millones-empleos-mundo-goldman-sachs-trax/> (visto el 28 de noviembre de 2023).

³<https://www.df.cl/economia-y-politica/laboral-personas/estudio-advierte-mayor-riesgo-de-la-automatizacion-del-empleo-en-el-pais> (visto el 28 de noviembre de 2023).

pero para tener certeza y alguna respuesta debemos hacer un análisis a este artículo, ver su definición, sus problemas, sus doctrinas existentes, qué plantea la jurisprudencia, si aquellas dan alguna solución o habrá que incorporar algunas soluciones o límites para frenar esta problemática de posibles despidos por reemplazos de nuevas tecnologías.

2.- Análisis del Artículo 161 del Código del Trabajo.

Para empezar con este estudio, nuestro artículo 161 de nuestro Código del Trabajo, consta de tres incisos, en el hay que destacar el inciso número uno referente a la necesidad de la empresa, el cual es del siguiente tenor:

“Sin perjuicio de lo señalado en los artículo precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como la derivadas de la racionalización o modernización de los mismo, baja 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 la causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168”. Para este inciso se hará un análisis más profundo y completo en el próximo subtítulo, ya que es lo que más se asemeja al panorama indicado más arriba.

Por su parte el inciso segundo del citado artículo señala el “desahucio empresarial”:

“En el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos de facultades generales de administración, y en el caso de los trabajadores de casa particular, el contrato de trabajo podrá, además, terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pagare al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. Regirá

también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos”.

En este inciso podemos apreciar que es una causal de libre despido, ya que, es la facultad del empleador de poner término al contrato de trabajo en forma inmediata aún sin causa justificada⁴, es decir, es una causal subjetiva de la terminación del contrato, ya que estas causales son basadas en acciones volitiva de una o ambas partes⁵.

En efecto, en el desahucio, la ley no ha exigido más que la manifestación unilateral de la voluntad del empleador de no perseverar en el contrato de trabajo celebrado, sin que sea necesario demostrar la pertinencia de los hechos⁶.

El desahucio se puede invocar respecto de tres categorías de trabajadores, a saber: a) Los trabajadores con poder para representar al empleador y que estén dotados de facultades generales de administración; b) Los trabajadores de casa particular; y c) Los trabajadores que desempeñan cargos o empleos de exclusiva confianza del empleador⁷.

Por último, su inciso tercero se manifiesta de la siguiente forma:

“Las causales señaladas en los incisos anteriores no podrán ser invocadas con respecto a trabajadores que gocen de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, otorgada en conformidad a las normas legales vigentes que regulan la materia”.

De lo anterior, es necesario precisar, que la licencia médica no le otorga fuero al trabajador: no existe inconveniente alguno en poner término al contrato de trabajo de un dependiente en goce de la licencia médica por las causales previstas en los artículos 159 y 160 del Código del Trabajo, siempre y cuando sea bien

⁴ Lizama Portal, Luis y Lizama Castro Diego, *Manual de Derecho Individual del Trabajo*, Santiago, DER Ediciones, 2021, p.256.

⁵ Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho Individual del Trabajo, Doctrina, Materiales y Casos*, Santiago, DER Ediciones, 2021, p.410.

⁶ Lizama, op. cit. en nota 1, p. 255.

⁷ *Ibidem*, pp, 256-257.

fundamentada y probada la causal invocada, porque si no es así caería en los recargos señalados en el artículo 168 del código del ramo.

2.1.- Análisis del artículo 161, inciso primero del Código del Trabajo.

El sistema de terminación del contrato de trabajo, constituye un instituto jurídico de máxima relevancia en toda ordenación de las relaciones laborales, tanto en la perspectiva de definición política pública como en la de aplicación del derecho⁸. Precisamente entre las exigencias que se definen para la terminación del contrato de trabajo está el establecimiento de causas⁹.

Se distinguen dos grandes categorías de causas de terminación de contrato: como ya señalamos anteriormente las causales subjetivas, que se fundamentan en la voluntad o en un hecho atribuible a una de las partes del contrato de trabajo y las objetivas, las cuales se basan en un hecho ajeno a la voluntad de las partes y que inciden en el contrato de trabajo o en la empresa, configurando cualquiera de ellas un antecedente suficiente para poner término al contrato¹⁰.

En este esquema, las necesidades de la empresa se insertan en las causales objetivas, en concreto en la subcategoría de las causas económicas de terminación de contrato¹¹. Es decir, en teoría no puede impetrarse por mero arbitrio del empleador o por capricho, en caso contrario, operaría como un mero despido libre o desahucio¹².

El ya citado inciso primero y actual, nació con la Ley N° 19.010, publicado el 19 de noviembre de 1990. Pero hubo una génesis de otras leyes que antecedieron a esta Ley.

⁸ Rojas Miño, Irene, "La Necesidad de la Empresa como Causa de Terminación del Contrato de Trabajo en el Sistema Jurídico Chileno", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Volumen 27, año 2020.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Domínguez Montoya, Álvaro, *El Despido Por Necesidades de la Empresa en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, 2022, p. 17.

¹² Gamonal, op. cit. en nota 1, p. 399.

“En 1966 se dictó en nuestro país la Ley N° 16.455¹³, que estableció un régimen común de terminación de contrato de trabajo para obreros y empleador particulares. Esta ley disponía que el empleador solo podría poner término al contrato en virtud de una causa justificada, considerando, entre otras, las determinadas por las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio¹⁴”.

Dicha norma resultó bastante discutida, pues su texto no precisaba el carácter de las necesidades, para darla por configurada¹⁵.

En una primera etapa “la jurisprudencia se orientó a reconocer solamente las necesidades empresariales de funcionamiento de carácter técnico y tecnológico como hipótesis justificativas excluyendo los motivos de orden económico. Esto, por cuanto los riesgos de la ganancia o pérdida de una actividad empresarial son propios de los gestores de la actividad lucrativa, no pudiendo ser trasladados a los trabajadores y trabajadoras, quienes no han tenido injerencia en aquellos¹⁶”. Con esto, ya había una noción de que es posible que la causa habilitante de despido fuera la tecnología y que ahora, en esta época se podría volver a retomar dicho criterio, tomando fuerza conjuntamente con la teoría de la excesiva onerosidad de la que se hablará más adelante.

En el segundo período, se incorpora jurisprudencialmente el factor económico como justificante de la necesidad empresarial cuando estas fueran graves y por un lapso prolongado, excluyendo la transitoriedad de las pérdidas y las fluctuaciones circunstanciales en las condiciones de mercado¹⁷.

Y en el último período, los tribunales de justicia validaron su flexibilización¹⁸, incorporando a su ratio causal hipótesis menos rigurosas que daban espacio al

¹³ En su artículo 2, número 10 señala: “Las que sean determinadas por las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio;”

¹⁴ Gamonal, op. cit. en nota 2, p.398.

¹⁵ Nadal, Serri, D, citado por Álvaro Domínguez, *El Despido Por Necesidades de la Empresa en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, 2022, p.34.

¹⁶ Romero Guggisberg, Mario, citado por Álvaro Domínguez, *El Despido Por Necesidades de la Empresa en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, 2022 p. 34.

¹⁷ *Ibíd*em, p. 34.

¹⁸ *Ibíd*em, p. 34.

despido fundado en la optimización del funcionamiento empresarial con proyecciones preventivas, con ausencia de una causa económica real, coetánea y permanente, que dando entregada a la simple racionalidad del interés empresarial atendida en un contexto de economía capitalista¹⁹. Esta causal de la Ley N° 16.455 constituye una suerte de antecedente del actual artículo 161 inciso primero del Código del Trabajo²⁰.

Pasado el tiempo, en 1978 se publica el Decreto Ley N° 2.200, el cual realizó diversas reformas en materia de término de contrato, consagrando el desahucio o despido libre o *ad nutum* del empleador como causal general para poner término al contrato²¹.

La intención del legislador al mantener al mismo tiempo la causal de necesidades de la empresa y el desahucio patronal²², era buscar que la aplicación de la primera se utilizara de modo excepcional solo en aquellos casos en que las necesidades del funcionamiento de la empresa fueran de tal naturaleza y envergadura que obligaran al empresario a terminar el contrato de trabajo, privando a los trabajadores no solo su fuente de trabajo, sino también de la indemnización que la ley contempla por la pérdida de su medio de subsistencia por un hecho del todo ajeno a su voluntad²³.

¹⁹ Domínguez (2022), op cit. en nota 1, pp. 34 y 35.

²⁰ Gamonal, op. cit. en nota 3, p. 398.

²¹ Ibídem, p. 399.

²² Al efecto, el artículo 13 del Decreto Ley 2.200 de 1978 señalaba en su letra F *“Desahucio escrito de una de las partes, que deberá darse a la otra con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la inspección del trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esa anticipación cuando el empleador pagare al trabajador una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración devengada.”*; De la mano con lo anterior, el artículo 16 del mismo decreto expresaba: *“cuando, de conformidad con la letra f) del artículo 13, el empleador desahuciare el contrato que hubiere estado vigente un año o más, deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a la última remuneración mensual devengada, por cada año de servicios y fracción superior a seis meses prestados continuamente al mismo empleador. Esta indemnización es compatible con la que corresponda al trabajador según lo establecido en la letra f) citada.* Por tanto, podemos apreciar que efectivamente era un despido libre (sin causal) pero que igualmente debía ser indemnizado. Hay que señalar que los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley, estarán sujetos a la ley 16.455, conforme al artículo 4 transitorio del decreto citado.

²³ Domínguez (2022), op. cit. en nota 2, p. 36.

La Ley N° 18.372 del año 1984, termina con la causal de necesidades de la empresa, derogándola en su artículo 1, número 7.

Una vez terminado el período militar, en 1990 se publicaba la Ley N° 19.010, esta ley reintrodujo la obligación del empleador de fundar el despido, pero si se invoca esta causal da lugar a que inmediatamente se cancele una indemnización, lo que marca una diferencia con la legislación anterior²⁴.

“De acuerdo al mensaje de la ley y la respectiva discusión, lo que se ha querido es centrar la razón del despido en necesidades de carácter económicos o tecnológicos. Se trata de que el empleador despidiera cuando por motivos de carácter objetivo, no pueda retener al trabajador. En otras palabras, los hechos que constituyen esta causal son ajenos a la voluntad de las partes, pues apunta a que el trabajador sea despedido por alguna razón objetiva, amén de su derecho a indemnización. Si en definitiva se acredita que el despido no tiene fundamento alguno, se ocasionará un mayor costo al empleador, pues la indemnización será recargada”.²⁵

Pero es interesante analizar, que el artículo original agregaba como causales, la “falta de adecuación laboral o técnica del trabajador”, siendo totalmente opuesto a lo que se buscaba que eran causas objetivas, debiendo ser modificado el artículo y derogando estas causales con la Ley N° 19.759, en su artículo único, número 24, llegando así a la actual normativa.

El actual inciso primero tiene sus observaciones. Una de ellas es, si este “sistema jurídico vigente mantiene en términos generales la sola voluntad empresarial como fundamento de la terminación del contrato de trabajo”.²⁶ Esto es debatible, dependiendo de las doctrinas que uno elija y que se expondrán más adelante.

²⁴ Lanata Fuenzalida, Gabriela, *Contrato Individual de Trabajo*, Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 283.

²⁵ *Ibíd*em, p. 183.

²⁶ Rojas, op. cit. en nota 1.

Por otra parte, se ha señalado y criticado que su supuesto habilitante está redactado en términos tan vagos y amplios, que cualquier circunstancia económica puede ser calificada como tal.”²⁷ ¿Qué más puede señalar la doctrina en este punto?

Lanata, por su parte, señala que “la ley enuncia algunos ejemplos de situaciones que ameritan la aplicación de la causa, pero son sólo eso, ejemplos, pues es posible que existan otras que también en los hechos resulten justificadas.”²⁸

Lizama afirma, que “si bien la ley no define lo que debe entenderse por necesidades de la empresa, ha establecido -por vía ejemplar- algunos casos en los cuales el empleador puede despedir a sus trabajadores invocando esta causal.”²⁹

Domínguez por su parte, cree “que el modelo articulado por el legislador en lo relativo a la causa del despido por necesidades de la empresa es de carácter indeterminado, de una clara textura abierta, rodeado de elementos teleológicos que se asocian para su concurrencia válida con la situación de necesidad, lo cual exige un mayor nivel de certeza, por cuando la indeterminación de la causal”³⁰ “genera inseguridad jurídica y desfavorece la posición de los más interesados en plena justificación de las medidas extintivas como son los trabajadores.”³¹

Siguiendo al mismo autor, “al problema de la indefinición de la causa debemos agregar que no existe un esquema regulatorio de las causas y efectos producidos por las fórmulas de descentralización productiva en los despidos.”³² “La duda entonces será, cual es la causal -esto es, económica, técnica, organizativa o productiva- que justifica al despido.”³³

²⁷ Ugarte, José Luis, citado por Domínguez, *El Despido Por Necesidades de la Empresa en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, 2022 p. 39.

²⁸ Lanata, op. cit. en nota 1, p. 283.

²⁹ Lizama, op. cit. en nota 2, p.254.

³⁰ Domínguez Montoya, Álvaro, “*El Despido por Necesidades Empresariales en los Procesos de Subcontratación en Chile*”, Problemáticas en Torno a la Subcontratación, Santiago, Librotecnia, 2018, p.261.

³¹ Monereo Pérez, J.L y Fernández Áviles, J.A, Citado por Domínguez, “*El Despido por Necesidades Empresariales en los Procesos de Subcontratación en Chile*”, Problemáticas en Torno a la Subcontratación, Santiago, Librotecnia, 2018 p.261.

³² Domínguez (2018), op. cit. en nota 1 p. 262.

³³ *Ibídem*, p. 262.

Con la incertidumbre de la causa ¿Hay alguna protección al trabajador respecto a la problemática de ser reemplazo por alguna máquina? Para esto debemos analizar teorías respecto a la necesidad de la empresa que se verán a continuación.

3.- Despido por crisis; y excesiva onerosidad.

De la problemática señalada anterior e ir centrándonos más en el tema de este trabajo, debemos enfocarnos en dos grandes teorías para despejar aquellas interrogantes:

3.1.- Despido por crisis o crisis empresarial.

Siguiendo a Domínguez, “el despido por crisis surge en el Derecho Español, entendidos como supuestos de fuerza mayor distinta a la fuerza propia. De esta forma las necesidades de la empresa se encasillan como un despido por fuerza mayor impropia cuando fuere imposible el cumplimiento de la prestación de forma definitiva, fundamentación que se mantiene en algunos casos hasta nuestro días, entendiéndose que los tipos de supuestos habilitantes constituyen supuestos que se distinguen de la fuerza mayor propia porque normalmente revelan más dificultades graves que imposibilidades de cumplimiento, sin producir una imposibilidad física de la prestación de trabajo”.³⁴

Siguiendo lo anterior, la doctrina chilena mayoritaria se asemeja a esta teoría española³⁵, al señalar que el despido por necesidades de la empresa es de índole objetivo, “siendo su invocación atendible en la medida que la mala situación económica que se aduce, sea una resultante ajena a la voluntad y no imputable a la empresa, no siendo posible si el origen de la necesidad se encuentra en un manejo deficiente e inclusive en un manejo culpable del empresario”.³⁶

La siguiente pregunta que surge es: ¿Qué tan grave debe estar el empleador económicamente para que sea aceptada dicha causal de necesidades de la

³⁴ Domínguez (2022), op. cit. en nota 3, p. 22.

³⁵ Domínguez (2018), op. cit. en nota 2, p. 259.

³⁶ Ibídem, pp. 258-259.

empresa? Tomemos de ejemplo a España, de hecho, hubo una discusión al respecto. La tesis mayoritaria, sostenía “una posición estricta, según la cual tal causa debía concurrir de una manera objetiva, suficiente y actual. En otras palabras, la causa económica se identificaba con pérdidas sustanciosas, frecuentes y prolongadas en el tiempo (mínimo dos o tres años), que generaban un desequilibrio en el balance de la entidad, poniendo en peligro el mantenimiento del empleo y hasta la propia subsistencia de aquella. Se trataba de situaciones en las que existían síntomas de deterioro económico graves y trascendentes que hacían dudar, seriamente, del futuro de la empresa, como sucede cuando los costes salariales son superiores a las ventas.”³⁷

“Por otro lado, queda claro que las pérdidas debían tener suficiente entidad, o sea, ser “sostenidas y significativas, resultando irrelevante las mínimas, puntuales o esporádicas (las de un único año); la simple reducción de los beneficios actuales (sin pérdida reales); la previsión de una disminución futura de éstos o el deseo del empresario de incrementarlos”.³⁸

De lo anterior y como contraste, hubo “una corriente minoritaria más flexible, estimó que existía causa económica para un despido de esta naturaleza cuando se producía una reducción de los beneficios respecto de años y períodos anteriores, o sea, una situación “desfavorable en términos de rentabilidad”, sin necesidad que existan pérdidas reales. Así, era suficiente una mala evolución económica de la empresa o la previsión de futuras pérdidas, pues carecía de sentido obligar a la empresa a permanecer en situaciones negativas, sin actuar, en tanto no tuviera pérdidas reales”.³⁹

Si observamos doctrina nacional, se observa una tendencia al primer planteamiento.

³⁷ Mella Méndez, Lourdes, “El Despido por Crisis de la Empresa en España: Análisis Crítico de las Principales Novedades Tras la Ley 35/10”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Número 13, 2011, p. 88.

³⁸ *Ibíd.*, p. 89.

³⁹ *Ibíd.*, p. 89.

Así, Rojas indica que en “el aspecto económico, importa en general ... la existencia de un deterioro en las condiciones económicas de aquella que haga inseguro su funcionamiento”.⁴⁰

Por su parte Domínguez expresa, “no obstante reconocer matizaciones en los factores causales, creemos que la fundamentación y justificación de las necesidades de la empresa en nuestro país se encuentra vinculado indefectiblemente a la causa económica, la cual se asocia a una crisis de explotación, esto es desequilibrios y pérdidas, aunque no irreversibles, pero si lo suficiente cuantiosos y continuos para generar un perjuicio real, actual y grave. En tal contexto la causa económica debe ser atendida como acontecimientos en los cuales se produzca la ocurrencia de pérdidas sostenidas producto de un estado desequilibrado y crítico en la estructura económica y financiera de la empresa, que obligue la supresión de empleo o cesación de actividad empresarial, ante la inutilidad de los esfuerzos que se realicen o se hayan realizado para proseguir el giro de la actividad. En tal caso se trata de un peligro en subsistencia del proyecto empresarial que no es meramente coyuntural o circunstancial, sino con vocación de permanencia, siendo sostenido en el tiempo, excluyendo la hipótesis de perdidas previstas o reducción de beneficios”.⁴¹

En un extremo de la balanza de esta teoría, Gamonal señala: “las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio deben ser graves o de envergadura, considerando el elenco ejemplar que realiza el legislador, a saber; racionalización o modernización de los servicios, bajas en la productividad o cambios en las condiciones del mercado o de la economía. ¿Qué deberemos entender por grave? Una situación de tal envergadura que ponga en peligro la subsistencia de la empresa y uno meramente una rebaja de sus ganancias”.⁴²

Mismo autor agrega, “las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio no deben ser transitorias sino de carácter permanente, considerando el

⁴⁰ Rojas, op. cit. en nota 2.

⁴¹ Domínguez (2018), op. cit, en nota 3, p. 262.

⁴² Gamonal, op. cit. en nota 4, p. 399.

tenor literal del artículo 161: “(...) que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores”. En efecto, el principio de continuidad implica que el empleador no despidan por cualquier motivo, capricho y fluctuaciones en sus ganancias. Los trabajadores no participan del riesgo de empresa, no son sus socios y de su trabajo depende la subsistencia de sus familias”.⁴³ Por tanto concluye que “las necesidades de la empresa operan frente a situaciones graves, permanentes y en forma supletoria frente a otras medidas que puedan permitir alcanzar el mismo objetivo sin despedir trabajadores”.⁴⁴

Si analizamos lo que indica el autor, prácticamente para que proceda dicha causal de necesidad de la empresa, la entidad debe estar en una insolvencia irremediable. A opinión personal, no tendría sentido despedir al tenor del artículo 161, inciso primero, sino terminar el contrato laboral llanamente por el artículo 163 bis del Código del Trabajo y así derogar el primer inciso del 161.

Para resumir, esta teoría, debe haber una causa económica, que sea grave y objetiva, es decir, no debe fundarse en la mera voluntad del empleador y que, por tanto, estos elementos son las justificantes habilitantes para que proceda el despido por necesidades de la empresa.

3.2.- Excesiva onerosidad.

Esta doctrina surge en el derecho italiano y la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁵, específicamente en el artículo 1.467 del Código Civil Italiano de 1942 en el que manifiesta lo siguiente:

“En los contratos de ejecución continua, periódica o de ejecución diferida, si el cumplimiento de una de las partes se volviese excesivamente oneroso debido a la ocurrencia de hechos extraordinarios e imprevisibles, el deudor de este servicio

⁴³ Ibídem, p. 400.

⁴⁴ Ibídem, p. 400.

⁴⁵ Domínguez (2022), op. cit. en nota 4, p. 23.

*podrá solicitar la resolución del contrato, con los efectos establecidos por el artículo 1458.*⁴⁶

Del artículo citado, se ha afirmado y “admitido que el contrato de trabajo es un contrato sinalagmático de ejecución continuada, no hay, por ahora, dificultad de admitir que, en líneas generales, tal remedio pueda también ser aplicado en esta materia”.⁴⁷

Esta teoría postula que “el cumplimiento de la prestación conlleva un sacrificio extraordinario, en condiciones más onerosas para el deudor que a las que se obligó inicialmente”⁴⁸, “no se trata de imposibilidad sobrevenida en la ejecución del contrato, sino solamente del hecho de que al empresario no le interesa ya conservar en vida dicho contrato, porque no extrae de él los provechos que le proporcionaba antes.”⁴⁹

Este desequilibrio de la balanza en favor del trabajador se “identifica con una situación de ruptura de equilibrio entre producción y consumo (crisis económica), entre trabajo y producción (crisis laboral), que obliga al empresario a dar demasiado para tener relativamente poco”.⁵⁰

Por tanto, es posible despedir por necesidad de la empresa “tanto la falta de trabajo como la necesidad de hacer economías, la transformación de la industria, la decadencia del negocio, el exceso de personal, la falta de exportaciones, la introducción de un nuevo proceso de fabricación, las dificultades de adquirir materias primas, la ausencia de encargos, la disminución del volumen de las ventas y un cambio de la moda”.⁵¹

Ahora, aterrizando esta doctrina con nuestro artículo 161, inciso primero del Código del Trabajo, referente a las necesidades de la empresa. Se ha dicho que es

⁴⁶ https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile/1467_2_1 (revisado el 18 de octubre de 2023).

⁴⁷ Suárez González, Fernando, “La Resolución del Contrato de Trabajo por Excesiva Onerosidad Sobrevenida de la Prestación del Empresario”, *Revista de Política Social*, Número 56, 1962, p. 62.

⁴⁸ Domínguez (2022), op. cit. en nota 5, p. 23.

⁴⁹ Suárez, op. cit. en nota 1, p. 67.

⁵⁰ *Ibidem*, p.72.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 75 y 76.

“un instrumento de clara disposición empresarial a la hora de definir la plantilla laboral”⁵². “Ya que la ley 19.010, materializó una clara orientación normativa tendiente a establecer una regulación que conciliase, por un lado, la debida protección del trabajador y, por otro, la imprescindible flexibilidad que requiere la empresa para adaptarse a las condiciones fluctuantes de la economía, en un contexto de fuerte competencia y de permanente incertidumbre en los mercados globales”⁵³ o derivadas de procesos de reestructuración organizacional.⁵⁴

De lo anterior, “resultan causas justificadas para su aplicación, aquellas derivadas de las bajas de productividad, cambios en las condiciones de mercado o de la economía no son los únicos. Esta afirmación, que parece perogrullada no es menor, toda vez que cierta jurisprudencia tiende a considerar únicamente como necesidades de la empresa las derivadas de crisis económicas, subordinando incluso los procesos de reestructuración empresarial -racionalización y modernización- a estas contingencias, despreciando lo que tienen su fuente en requerimientos meramente organizacionales”.⁵⁵

Otros autores señalan que “si hablamos de necesidades debemos tomar en cuenta el significado de “necesario”, que en la acepción que nos interesa, importa lo “dicho de una persona o cosa: que hace falta indispensablemente para algo, haciendo relación con las hipótesis del 161, inciso primero, estos son: a) Racionalización y modernización; b) bajas en la productividad; y c) Cambios en las condiciones de mercado o de la economía, en el que concluyen que ninguna de las hipótesis mencionadas exige que la empresa se encuentre en una situación económica o delicada o crítica. Ni siquiera aquella que consiste en “bajas de la productividad”.⁵⁶

⁵² Varas Castillo, Mario, “Pérdida de Eficacia de la Causal de Necesidades de la Empresa en el Sistema de Terminación del Contrato de Trabajo”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social*, Volumen 2, número 3, 2011, p. 80.

⁵³ *Ibíd*em, p. 80.

⁵⁴ *Ibíd*em, p. 81.

⁵⁵ *Ibíd*em, p.85.

⁵⁶ Sierra, Alfredo y Cerón, Roberto, “Terminación del Contrato de Trabajo”, *GPS Laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 370-372.

Estos mismos autores critican que “la jurisprudencia ha interpretado, usualmente, en forma restrictiva esta causal y suele requerir para su procedencia que la empresa se encuentre con problemas económicos graves”⁵⁷.

Siguiendo la misma línea, respecto a “la objetivización de la causal, si bien tratándose de circunstancias meramente económicas puede suponer ausencia de voluntad del empleador; en el caso de procesos de reestructuración empresarial, debe entenderse como sinónima de fundamentación técnica. Por lo tanto, debe considerarse objetiva la aplicación de la causal de necesidades de la empresa no porque esta se genere con motivo de un hecho ajeno a la voluntad del empleador, sino que en tanto la decisión patronal adoptada exhiba una fundamentación de carácter técnica perfectamente constatable”.⁵⁸ Por tanto “la objetividad debe vincularse a la existencia de antecedentes técnicos suficientes que justifiquen el ajuste de personal. La adecuada comprensión de las necesidades de la empresa motivadas por la racionalización o su modernización, exige dicha lectura toda vez que los procesos de reorganización empresarial, no siempre vienen impulsados por crisis de mercado, sino que la mayor parte de las veces responden a planificaciones inherentes a la empresa, en función de aumentos de productividad y competitividad”.⁵⁹

Para finalizar, se concluye “que la causal de necesidades de la empresa, contenida en el artículo 161 del Código del Trabajo, ostenta una finalidad bien clara y precisa y que no es otra más que resguardar lo intereses de la empresa de terminación del contrato de trabajo”.⁶⁰ Y tomando la idea estos autores, es que no hay que estar cegado en esta causal, en solo ver ámbitos económicos y derivados, sino que también debemos fijarnos también en los requerimientos organizacionales. Tal como señaló Varas más arriba.

⁵⁷ *Ibídem*, p. 372.

⁵⁸ Varas, op. cit. en nota 1, p. 84.

⁵⁹ *Ibídem*, p. 86.

⁶⁰ *Ibídem*, p. 87.

4. Jurisprudencia referente al artículo 161, inciso primero.

Como ya se explicó las teorías sobre este tema de la causal de necesidades de la empresa, debemos también enfocarnos en la práctica, referente a los criterios jurisprudenciales de nuestros Tribunales de Justicia.

4.1. Jurisprudencia en relación a la teoría de despidos por crisis o crisis empresarial.

Siguiendo a la Excelentísima Corte Suprema, en los Recurso de Unificación de Jurisprudencia, señala que la correcta interpretación al artículo 161 del Código del Trabajo es:

“Aquella que postula que el empleador pueda invocarla para poner término al contrato de trabajo, siempre que la desvinculación del trabajador se relacione con aspectos de carácter técnico o económico de la empresa, establecimiento o servicio, y que al ser objetiva no puede fundarse en su mera voluntad, sino que en situaciones que den cuenta que forzosamente debió adoptar procesos de modernización o de racionalización en el funcionamiento de la empresa en circunstancias económicas, como son las bajas en la productividad o en las condiciones de mercado”.⁶¹

Que, además, “el empleador sólo puede invocar la causal de que se trata aludiendo a aspectos de carácter técnico o económicos referidos a la empresa, establecimiento o servicio, y es una de tipo objetiva, por ende, no se relaciona con la conducta desplegada por el trabajador, y excede la mera voluntad del empleador”.⁶²

Siguiendo el mismo hilo, la Excelentísima Corte Suprema argumenta también que “esta causal de despido debe responder a hechos graves y objetivos, según la definición antes entregada, que forzosamente obliguen al empleador a despedir, siempre que se trate de circunstancias externas al establecimiento y que hacen inevitable la expiración del vínculo laboral, como una forma de hacer frente a la

⁶¹ Sentencia de Unificación de Jurisprudencia Laboral, de fecha 08 de enero de 2018, Rol 35.742-2017, de la Excelentísima Corte Suprema.

⁶² Sentencia de Unificación de Jurisprudencia Laboral, de fecha 20 de marzo de 2019, Rol 1.073-2018, de la Excelentísima Corte Suprema.

racionalización o modernización de las faenas o servicios, a las bajas de productividad o a los cambios en las condiciones del mercado o de la economía... por lo que no basta sola la decisión patronal para justificar la desvinculación del dependiente, ya que requiere una razón adicional, grave y exterior a su intención para sostenerla”.⁶³

De la siguiente jurisprudencia, se puede apreciar que, además, debe haber un carácter permanente en los eventos económicos de una empresa:

“... Se debe concluir que el empleador sólo puede invocar la causal de necesidades de la empresa aludiendo a aspectos objetivos, de carácter técnicos o económicos del establecimiento, por lo que se relaciona con su conducta y excede a la sola voluntad de aquél, quien debe probar los supuestos de hecho que configuran las razones que lo constriñeron a adoptar los procesos de modernización o racionalización en el funcionamiento de la empresa, o de eventos económicos como son las bajas permanentes en la productividad o cambios sustancial en las condiciones de mercado...”.⁶⁴

Actualmente la jurisprudencia de la Corte Suprema sigue siendo la misma⁶⁵, destacando los elementos señalados por la doctrina, es decir, para que proceda el despido por necesidad de la empresa, es necesario que sea de índole económico o derivados, objetivo, de carácter grave y permanente.

Obviamente se han criticado estos elementos, debido a que “a nuestro entender, darle la connotación que le atribuye los tribunales de justicia al carácter objetivo de la causal, además de incorporar elementos no previstos en el tener mismo de la disposición, afecta su orientación normativa que más bien dirige la objetivización de la norma hacia la existencia de fundamentos técnicos reales que la justifiquen. Homologar “objetividad” con “ausencia de voluntad patronal” implica

⁶³ Sentencia de Unificación de Jurisprudencia Laboral, de fecha 09 de noviembre de 2021, Rol 76.715-2020, de la Excelentísima Corte Suprema.

⁶⁴ Sentencia de Unificación de Jurisprudencia Laboral, de fecha 08 de septiembre de 2022, Rol 63.480-2021, de la Excelentísima Corte Suprema.

⁶⁵ Ver Sentencias de Unificación de Jurisprudencia Laboral, de fecha 17 de enero de 2023, Rol 87.286-2021 y de fecha 21 de marzo de 2023, Rol 95.518-2021, ambas de la Excelentísima Corte Suprema.

vaciar de contenido técnico a una causal que precisamente encuentra su sentido en los requerimientos inherentes a la administración de empresa como ciencia y área de experiencia humana particular”.⁶⁶

Que, “la aplicación de necesidades de la empresa a una situación de crisis económica insubsanable; estos, prácticamente terminal para la organización. Esta conclusión repugna por sí sola su espíritu, por cuanto esta persigue generar adaptación para la empresa frente a escenarios económicos complejos, o procesos de reestructuración impostergables, que implican inevitablemente su insolvencia o quiebra”.⁶⁷

4.2. Jurisprudencia en relación a la teoría de la excesiva onerosidad.

Ahora es necesario apreciar los criterios que ofrece nuestra jurisprudencia nacional respecto a la teoría de la excesiva onerosidad.

Al efeto, nuestra Excelentísima Corte Suprema, igualmente ha fallado conforme a los supuestos de la excesiva onerosidad:

“...En efecto la utilización expresada tales como que se advierte referida a las indicadas necesidades de la empresa revela que las referencias a las hipótesis de racionalización, modernización; bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado, cambios en las condiciones de la economía, no son estrictas, sino que, por el contrario, las referidas necesidades pueden revestir otra forma diversa de la empleada por la ley y responden igualmente su espíritu.

Séptimo: que lo señalado precedentemente resulta conteste con lo manifestado por esta Corte; en el sentido que los casos contemplados en el inciso 1 del artículo 161 no son de carácter taxativo, abarcando situaciones análogas o semejantes, que deben decir relación con aspectos de carácter técnico o de orden económico; de manera tal que resulta evidente que al proceder a la aplicación de la norma en comento al caso de estudio, los jueces de instancia han recurrido en

⁶⁶ Varas, op. cit. en nota 2, p. 89.

⁶⁷ Ibídem, p. 90.

errores de derecho, al exigir en su interpretación que la ley no contempla, restringiendo su sentido de una forma que no resulta admisible”.⁶⁸

En la siguiente Unificación de Jurisprudencia, debemos tener énfasis al voto disidente por el abogado integrante, que argumenta lo siguiente:

“... Que la supresión de puestos de trabajo que han resultados innecesarios como resultado de una fusión de empresa constituye una necesidad de la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161 del Código de Trabajo. La necesidad de una medida se determina en función de una finalidad. La Legítima finalidad de una empresa es la generación de utilidad. En una economía competitiva, la generación de utilidad sostenidamente en el tiempo exige que la empresa aumente su productividad. Toda medida que contribuya a tal aumento de productividad es por ello necesaria. Es así que el artículo 161 del Código del Trabajo se refiere expresamente a la “racionalización o modernización” de la empresa, cuya finalidad es la reducción de costos y consiguiente aumento de productividad. La supresión de puestos de trabajo superfluos es una típica medida de racionalización. En consecuencia, ella se encuentra comprendida dentro de las medidas que el Código del Trabajo considera una necesidad de la empresa.”⁶⁹

Por su parte, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, también se ha pronunciado respecto a esta doctrina:

“... Que la empresa sufrió un proceso de racionalización y reestructuración, lo que implicó una disminución de personal y esa función no fue repuesta por otra persona, básicamente el trabajo que hacían tres, ahora lo hacen dos; y que se cumplen los requisitos del artículo 161 del Código del Trabajo, para estimar que el despido del actor se encuentra ajustado a derecho”.⁷⁰

⁶⁸ Sentencia Definitiva de Casación en el Fondo, de fecha 29 de septiembre de 2009, Rol 4.123-2009, de la Excelentísima Corte Suprema.

⁶⁹ Sentencia de Unificación de Jurisprudencia, de fecha 08 de enero de 2018, Rol 34.742-2017, de la Excelentísima Corte Suprema (voto disidente).

⁷⁰ Sentencia de Nulidad Laboral, de fecha 28 de mayo de 2019, Rol 288-2018, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

Para finalizar expongo una jurisprudencia muy reciente, enunciada por nuestra Ilustrísima Corte de San Miguel, reemplazando la sentencia definitiva de primera instancia, manifestando lo siguiente:

“Tercero: en cuanto a las acciones destinadas a hacer más eficiente a la empresa desde la perspectiva del costo de insumos con los documentos analizados en el considerando quinto de la sentencia de nulidad, es posible dar por establecido que la parte demandada efectuó gestiones razonables destinadas a rebajar el valor de esos productos y servicios que utiliza para la producción, en tres ámbitos distintos, logrando un resultado favorable a sus intereses.

Asimismo, según se refirió en el considerando décimo sexto de la sentencia emanada del tribunal del fondo, hubo una reestructuración de tres plantas de producción de la demandada, lo que refuerza la conclusión en orden a que se despusieron medidas de resguardo de naturaleza material por esa parte.

Cuarto: De lo expuesto, se tiene por acreditado, entonces, que la parte demandada implementó medidas de diversa índole dirigidas a hacer más eficiente la empresa, de cara al trance económico que estaba sumida.

Quinto: ... A mayor abundamiento, esta causal autoriza el término del contrato de trabajo en casos de racionalización del servicio, bajas en la productividad, cambio en las condiciones del mercado, que hagan necesaria la desvinculación, supuestos que han dados por concurrentes, según se razonó, de manera que la parte demandada ha cumplido con los requisitos que la ley impone para concluir la relación laboral justificadamente.”⁷¹

Hemos señalado anteriormente, que esta doctrina es minoritaria, pero cada vez va tomando fuerza, y así lo podemos apreciar con estas jurisprudencias citadas, obviamente hay más de esta índole, pero es más que suficiente para este punto. Además, con esta doctrina y jurisprudencia nos da el paso al siguiente título.

⁷¹ Sentencia de Nulidad Laboral, de fecha 24 de julio de 2023, Rol 137-2023, de la Ilustrísima Corte de San Miguel.

5. El problema del artículo 161, respecto al despido tecnológico.

Como pudimos apreciar en los puntos anteriores, existen doctrinas referentes a la causal de despido por necesidades de la empresa, y que una de ellas es la dominante, pero, como sabemos el derecho es dinámico y sobre todo el derecho laboral, cada año se crean nuevas leyes que modifican los artículos de nuestro Código del Trabajo.

Lo mismo sucede con los criterios jurisprudenciales, que también pudimos apreciar en este trabajo. Al ver que hay dinamismos tanto en el derecho, como en nuestros tribunales de justicia, me gustaría plantear el siguiente caso hipotético: ¿Qué pasaría si nuestra Excelentísima Corte Suprema, empieza a cambiar de criterio e irse por la excesiva onerosidad como doctrina dominante en el despido por necesidades de la empresa?

La anterior pregunta planteada, me gustaría vincularla con las máquinas, la automatización o inteligencia artificial, que ya está generando debates respecto al futuro del derecho del trabajo. A conocimiento público, información otorgada por los distintos medios de información sea internet, televisión u otros, se ha señalado que la tecnología está en un punto de no retorno y que va avanzando a una velocidad increíblemente imparable, a modo de ejemplo, el sistema artificial llamada ChatGpt, que con el solo hecho de escribirle a dicha IA, ésta en instantes puede dar una cantidad inmensa de información, respecto a lo solicitado, sin necesidad de que la persona recurra a algún libro que proporcione idéntica información, es fascinante pero preocupante.

Con lo rápido que va avanzando la tecnología, también están apareciendo las primeras señales de cambio en los empleos, indicios que podemos apreciar en el día a día, con tal de ir al Metro, por ejemplo, vemos muy pocas personas en los puntos de ticket realizando funciones, en la gran mayoría de las estaciones, una máquina ejecuta la carga de la tarjeta para poder entrar a dicho transporte público. Otro ejemplo sería el supermercado, existiendo puntos de autoservicios para el pago de los productos, en que la máquina cumple las mismas funciones que un cajero humano.

Estos serían los trabajos en que las máquinas ya están reemplazando a los humanos: cocinero, guardia de seguridad, cirujano, ensamblador, enfermero, masajista, asistente de limpieza, bombero, almacenista, repartidor, soldado, tendero, jefe de inventario, asistente de información⁷², etc.

Veamos todo lo anterior, desde el punto de vista empresarial, y tomando la opinión del voto disidente que señalamos en el ítem 3.2, en que “la legítima finalidad de una empresa es la generación de utilidad. En una economía competitiva, la generación de utilidad sostenidamente en el tiempo exige que la empresa aumente su productividad. Toda medida que contribuya a tal aumento de productividad es por ello necesaria”. De la cita señalada, proporciona un contexto clave, es que una de las principales finalidades de una empresa, es más, diría que es la esencial, es la de generar utilidades, ganancias, liquidez y para eso, usando las reglas de la economía básica, para tener ganancias, se debe disminuir costos y producir más, con esto dicho, las máquinas son perfectas para la ecuación, son dotadas para la producción y el empleador no debe pagar remuneración o pago de seguridad social, solamente el costo de la máquina y sus periódicas mantenciones.

Es más, el Foro Económico Mundial señala el siguiente porcentaje sobre este tema, “se espera que la inteligencia artificial sea adoptada por casi el 75% de las empresas encuestadas y que provoque una elevada rotación de personal”⁷³. El resultado era de esperarse, con lo que ya se dijo, de hecho, esperaba que el resultado sería un poco más elevado como un 85% o 90%, pero no deja de ser menos el porcentaje señalado por dicha entidad.

Con todo este panorama analizado, si nuestra Corte Suprema empieza cambiar de criterio por la excesiva onerosidad, y como vemos, los avances tecnológicos de las máquinas están avanzando de forma rápida e imparable, hasta el punto que personas con gran influencia y poder económico, han solicitado frenar

⁷²<https://www.univision.com/noticias/ciencia/15-trabajos-robots-estan-reemplazando-humanos-fotos-fotos> (visto el 21 de agosto de 2023).

⁷³<https://es.weforum.org/agenda/2023/05/estos-son-los-trabajos-que-se-perderan-y-se-crearan-a-causa-de-la-ia/> (visto el 21 de agosto de 2023).

un poco el desarrollo de inteligencias artificiales⁷⁴. Con este escenario, no cabría duda alguna que las empresas despedirán a trabajadores y los sustituirán por máquinas, inteligencia artificial, para así tener mayor y mejor producción a bajo costo.

Con este escenario tan apocalíptico para el derecho laboral, debemos ver qué dice nuestra legislación laboral chilena frente al llamado “despido tecnológico”⁷⁵. La doctrina ha señalado, que respecto “de los despidos por necesidades empresariales, podemos constatar que Chile nada se ha dicho respecto de la implementación de nuevas tecnológicas y concretamente sobre el fenómeno de la automatización y robotización, como supuesto de hecho justificante de la extinción contractual”⁷⁶. Esto es preocupante, porque estamos en tierra de nadie en relación al despido tecnológico, es decir, estamos muy atrasados sobre este tema y algo se debe empezar a hacer para limitar este vacío.

Con la doctrina dominante, se puede inferir que estamos protegidos frente esta problemática, porque la implementación de nuevas tecnologías no exime al empleador del deber de acreditar que real y efectivamente atraviesa por dificultades de cierta entidad para cuya superación es medida adecuada y razonable la extinción de contratos de trabajo, por tanto, el empleador debe acreditar las innovaciones tecnológicas, la necesidad económica de esta medida y acreditar la conexión de funcionalidad⁷⁷. Mientras sigamos con este criterio hay una seguridad para la aplicación del despido tecnológico, pero igualmente se debe hacer algo más que depender de este razonamiento, ya que es débil, fácilmente se puede cambiar por la tesis de la excesiva onerosidad, estando con la problemática planteada más arriba.

5.1. Propuesta para limitar el despido tecnológico.

⁷⁴<https://www.20minutos.es/tecnologia/inteligencia-artificial/elon-musk-expertos-frenar-avance-inteligencia-artificial-chatgpt-5114605/> (visto el 22 de agosto de 2023).

⁷⁵ Domínguez (2022), op. cit. en nota 6, pp. 114-119.

⁷⁶ Ibídem, p. 117.

⁷⁷ Ibídem, p. 119.

Para adelantarnos a futuros problemas de vacíos legales respecto de esta situación de avance tecnológico, me experimentaría en proponer unas ideas referentes a esta temática, que modifique nuestro artículo 161 del Código del Trabajo o la creación de un nuevo artículo que complemente a este.

En este tema me gustaría sugerir lo siguiente, obviamente uno puede estar a favor, o netamente criticar estas propuestas, más que nada esto es de modo ilustrativo, teniendo en cuenta que debe hacerse algo al respecto.

En primer lugar, debemos crear y precisar una definición de lo que se entiende por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, ya que como señalamos en este trabajo, nuestro inciso primero actualmente es muy vago y amplio.

Tomando de referencia el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores en España da una definición estas causas:

“Se entiende que concurren causas económicas cuando los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que empresa pretende colocar al mercado”.

Por una parte, esta redacción legal aporta una mayor seguridad, al dar ejemplos concretos de lo que se entiende por situación económica negativa⁷⁸, técnicas, organizativa y producción. Unas de las críticas que haría, es que podría ser justificante de despido las pérdidas de la empresa actuales o previstas, por meras especulaciones del futuro, se podría terminar un contrato laboral, encuentro subjetivo dicha situación, cayendo en arbitrariedades por parte del empleador.

En fin, con una definición legal de cada uno de los elementos, con una ejemplificación, nos daría más certeza y seguridad jurídica, respecto las causas habilitantes de necesidades de la empresa y así no caer arbitrariedades o ambigüedades.

Segundo, debemos señalar que el despido tecnológico calza con la tipología de la causa técnica⁷⁹, entraría en la definición presentada anteriormente, por tanto, debemos hacer estudio de un límite para no despedir a diestra y siniestra un trabajador o varios trabajadores.

En Chile, no hay exigencia alguna para despidos colectivos⁸⁰, como no hay normativa alguna de esta figura, se pueden despedir a varios trabajadores individualmente, pudiéndose así eliminar por completo secciones, plantillas o departamentos de una empresa, por el solo hecho de un reemplazo tecnológico, por eso es necesario un control o estándar mínimo. En España, por ejemplo, en el mismo artículo 51 ya citado, se contempla esta figura, dando instrucciones y precisando números mínimos de trabajadores que se necesitan para que proceda esta figura. Con una normativa parecida, estimo que habría cierta protección al trabajador por este tipo de despido tecnológico, limitando esta causal, implementando algún procedimiento y quórum similar al de la normativa citada.

A la inversa, se podría establecer un porcentaje mínimo de trabajadores humanos en una empresa. Una posible guía para esto, es el artículo 19, inciso 1 de nuestro Código del Trabajo, ya que exige a lo menos un 85% de trabajadores sean

⁷⁸ Mella, op. cit. en nota 1, p. 20.

⁷⁹ Domínguez (2022), op. cit, en nota 7, p. 117.

⁸⁰ Rojas. op. cit. en nota 3.

de nacionalidad chilena. De lo anterior, habría otro mecanismo de seguridad contra desempleo de los trabajadores, velando así por el derecho al trabajo de las personas.

En el caso de que un trabajador sea reemplazado por algún sistema tecnológico, lo recomendable no es despedirlo inmediatamente, esta medida a mi parecer es de última ratio, porque existen otros métodos que beneficiarían tanto a la empresa como al trabajador reemplazado por la máquina, y así mantener la continuidad laboral del asalariado y el ahorro de recursos de la empresa.

Un método que se podría tener en consideración son los llamados *upskilling* o *reskilling*.

El *reskilling* “corresponde a una capacitación que permite al trabajador reciclar sus habilidades, para así poder insertarse en un puesto de trabajo reformulado, dados los cambios que ha tenido que implementar la organización donde está inserto”⁸¹. Mientras que el *upskilling* “corresponde a entregar formación para dar más conocimientos a los trabajadores con el fin de optimizar su desempeño en su actual puesto. Se enfoca en la especialización en nuevas habilidades requeridas en el área tecnológicas.”⁸²

Estos dos métodos, “permiten la retención del talento, fomentan la cultura del aprendizaje, las oportunidades internas de cambio de posición y el aumento de la motivación de los profesionales, es una estrategia a futuro y permite disminuir costes.”⁸³

Si vinculamos estos métodos con las nuevas tecnologías o inteligencias artificiales, beneficiarían tanto a la empresa como a los trabajadores. Por un lado, con las nuevas tecnologías y el *upskilling*, a modo de ejemplo, se crea una actualización de sistema o una máquina nueva, de última generación, el profesional, que ya sabe cómo sería el proceso de operación, pero carece de conocimiento

⁸¹ Bosch, María José, “¿Carreras o Habilidades del Futuro? El rol del *upskilling* y *reskilling*”, *Guía Práctica*, N°37 enero, Escuela de Negocios de la Universidad de Los Andes, 2023.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ <https://www.bbva.com/es/reskilling-y-upskilling-renovarse-en-tiempos-de-incertidumbre/> (Visto el 28 de septiembre de 2023).

sobre el nuevo sistema, bastaría con una recapitación para aprender y entender, pudiendo así extraer el mejor provecho de la tecnología, ahorrando recursos para la empresa en nuevas contrataciones.

Por otro lado, si vinculamos las nuevas tecnologías con el *reskilling*, añadiendo otro ejemplo, el trabajador que es sustituido por una nueva máquina o inteligencia artificial. El empleador podría ser recapitado para otros cargos que la empresa necesite y obviamente sin menoscabarlo, manteniendo en similares o superiores funciones de la que ya desempeñaba, con dicha recapitación se ahorraría el despido del trabajador, manteniendo este una estabilidad laboral.

Con lo anterior, podríamos dar un contraste al escenario tan apocalíptico de erradicación del humano en el mundo del trabajo con la inserción de las máquinas como se señaló más arriba y que con el *upskilling* y *reskilling* podría ser todo lo contrario, manteniendo el equilibrio entre ambos factores. Es más, con las nuevas tecnologías, una gran cantidad de empresas, cree que estas provocarían un crecimiento en el empleo⁸⁴. Entonces más que erradicar al humano del trabajo, se complementarían estos factores de máquinas y personas. Esto me recuerda al contexto histórico sucedido en la revolución industrial.

Ahora habrá que responder una posible incógnita ¿Qué pasaría si el trabajador no logra terminar la capacitación por reprobación de esta o si aprobase no se adapta a las nuevas condiciones laborales? Lamentablemente para este caso que sería de ultima ratio habría que despedir al trabajador, ya que el empleador habrá implementado todos los métodos necesarios para mantenerlo en su empresa.

El Estatuto de Trabajadores en España, en su artículo 52 letra B, se refiere al tema:

“El contrato podrá extinguirse:

b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables.

⁸⁴ <https://es.weforum.org/agenda/2023/05/estos-son-los-trabajos-que-se-perderan-y-se-crearan-a- causa-de-la-ia/> (visto el 28 de septiembre de 2023).

Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurridos, como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación”

Otra interrogativa a flote es: ¿Cuánto sería el período de adaptación del trabajado que fue nuevamente capacitado? Para responder esta incógnita, podríamos tomar de referencia la Ley de productividad y Competitividad Laboral Peruana, Título Uno, Capítulo II “Del período de prueba”, artículo 10, señalando lo siguiente:

“El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un término mayor en casos las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”.

Tres meses o inclusive seis meses de adaptación podría considerarse como armonioso, siempre y cuando consista en esta causal de adaptación de *upskilling* y *reskilling*.

Dicho lo anterior, bien podrían agregarse como un artículo para nuestro Código Laboral, pero solamente y exclusivamente para ese escenario y así limitar también la causal de necesidades de la empresa, con implementación de otros métodos para que el trabajador mantenga así un empleo.

En el caso que el trabajador no quiera realizar dichas capacitaciones o cursos, se ha señalado que podría ser despedido disciplinario, porque existe incumplimiento de las órdenes de del empresario, grave y culpable⁸⁵.

Si nada de lo señalado *ut supra* de este subtítulo se ha realizado, tomaría de ejemplo la siguiente la reflexión de la siguiente jurisprudencia española, respecto a poner en balanza los Derechos Sociales y la Libertad de la Empresa, señalando lo siguiente

*“En definitiva, la automatización – como causa técnica del despido objetivo – implica una oposición entre los Derechos Sociales alcanzados por los trabajadores (Salario mínimo, jornada laboral, limitación de horas extraordinarias), que se vislumbran como obstáculo u óbice para alcanzar un rendimiento empresarial más optimo, frente a la posibilidad de que un “instrumento de producción” pueda efectuar ese mismo trabajo sin límite de horas, sin salario ni cotizaciones sociales. En definitiva, la automatización mediante “bots” o “robots”, con la única excusa de reducir costes para aumentar la competitividad, viene a significar los mismo que reducir el Derecho al Trabajo para aumentar la Libertad de la Empresa. Siendo así por lo tanto que no puede tenerse por procedente un despido en estos términos.”*⁸⁶

De lo anterior, deberíamos priorizar los derechos de los trabajadores, ya que son de orden público, es decir, “todo lo que en las leyes interesa más directamente a la sociedad que a los particulares”⁸⁷, por tanto, tales derechos son de excelencia en la balanza frente a la Libertad Empresarial. Este argumento podría ser de ayuda para frenar a las nuevas tecnologías.

Como pudimos apreciar, hay varios temas nuevos respecto a la situación normativa respecto de los despidos y las nuevas tecnologías, asuntos que debemos ya tener en consideración, debido a lo imparable que está el avance tecnológico y

⁸⁵ Herraiz Martín, María del Sol, “Reflexiones Sobre el Uso de los Dispositivos Digitales como Medio y Causa de Despido”, *Cambio Tecnológico y Transformación de las Fuentes Laborales*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2023, p. 219.

⁸⁶ Sentencia de fecha 23/09/2019, en causa ROJ SJSO 4141/2019, Del Juzgado de lo Social N°10 de Las Palmas de Gran Canaria.

⁸⁷ Gamonal Contreras, Sergio, *Fundamentos de Derecho Laboral*, Santiago, DER Ediciones, 2020, p. 58.

que la normativa debiese estar al mismo ritmo o a lo menos preparada para futuros escenarios.

6. Conclusiones.

Como pudimos apreciar en este trabajo, nuestro artículo 161 del Código del Trabajo lo componen tres incisos y en que más se le dio énfasis fue al inciso primero, referente al despido por necesidades de la empresa, ya que es la más se asemeja a la problemática indicada en la introducción de este trabajo.

Respecto de este inciso, pudimos observar que está en un punto caliente de debates de interpretación y críticas, que, en modo de ejemplo, la definición que otorgar tal inciso es vaga e imprecisa otorgando una fuerte inseguridad jurídica, o, por otro lado, si dicho despido es por mera voluntad del empleador como fundamento del despido o por causas ajenas a este, en el que tomando las doctrinas expuestas en este trabajo podría dar una luz de guía a estos debates, siendo una de ellas la dominante. Obviamente en este trabajo señalé algunos de los tantos conflictos que tiene esta causal de despido, la doctrina tiene en la mira otros puntos, no se ha indicado la oportunidad temporal o los periodos objetivos para la concurrencia válida de la necesidad empresarial⁸⁸, igualmente que los anteriores problemas, estas son de suma importancia y deben ser resueltos por el legislador.

De la mano con los problemas señalados, la doctrina crea teorías respecto a esta causal de necesidades de la empresa, en el que hay dos grandes escuelas. La primera y dominante que es despido por crisis o crisis empresarial, que surge en el Derecho Español y que, en resumidas cuentas, la causal habilitante para este despido es netamente por crisis económicas de la empresa por factores ajenos a esta. Por su parte la otra, corriente es la excesiva onerosidad, surgido en el Derecho Italiano, la cual plantea que, si un contrato de trabajo cambia de balanza a mejor onerosidad para el trabajador, el empleador puede despedirlo por necesidades de la empresa, el empleador está dando mucho más y recibiendo relativamente poco,

⁸⁸ Domínguez (2022), op. cit. en nota 8, p. 40.

esta tesis no solo avala por factores económicos, sino que también por las demás causas, como la técnica, organizativa y productiva.

Como señalamos, dichas teorías, están supeditados netamente a los criterios de nuestros tribunales, ahora como ya hemos señalado el despido por crisis es la mayoritaria, pero en cualquier momento puede ser reemplazada por la excesiva onerosidad.

De la mano con esta teoría de la excesiva onerosidad y el imparable avance de las nuevas tecnologías, como máquinas, robótica o Inteligencia Artificial, nuestro panorama en el Derecho del Trabajo, también se está viendo afectada. Se está observando que de a poco las tecnologías están tomando puestos de trabajos, desplazando a las personas, funciones como cajeros, cocineros, garzones, etc, debido a que máquina lo puede realizarlas sin problemas.

Advirtiendo esta teoría y panorama, las empresas no tendrían ningún problema en despedir a los trabajadores, ya que una máquina puede producir más que una persona, perjudicándolo en el ámbito económico, por no tener remuneración, perder su continuidad y estabilidad laboral. Y como vimos en este trabajo, un gran porcentaje utilizará las nuevas tecnologías para su empresa, cuya consecuencia directa podría ser gran cantidad de despidos a trabajadores, porque la causa ya no será exclusivamente por problemas económicos ajenas de las empresas, sino netamente por una causa técnica, y como señala Domínguez podríamos denominarla como “despido tecnológico”⁸⁹.

Respecto del despido tecnológico en nuestra legislación chilena, nada se ha dicho al respecto y esto es una situación sumamente crítica, ya que nos estamos protegiendo netamente por la causa económica de la doctrina del despido por crisis, que sin problemas puede ser cambiada de criterio por la otra corriente y como se apreció, ya hay fallos al respecto de esta escuela, pudiendo quedar el trabajador con una grave indefensión ante tal despido.

⁸⁹ Domínguez (2022), op. cit. en nota 9, pp. 114-119.

Como alternativa para aminorar estos despidos, lo ideal es tomar otros métodos antes de terminar el contrato de trabajo. En este trabajo se dio la idea del llamado *upskilling* y *reskilling*, métodos que ayudarían tanto al trabajador en mantenerse en la empresa y al empleador en no pagar cantidades de indemnizaciones por los despidos, España tiene una legislación parecida, que no estaría nada mal tenerla presente.

Por todo lo señalado, lo ideal es empezar a hablar desde ya este tema, dar ideas, debatir, para estar preparado ante cualquier eventualidad parecida, pudiéndose en un futuro cercano modificar nuestro Código Laboral, para así tener una mejor seguridad jurídica para los trabajadores y nuestro Derecho del trabajo.

7. Bibliografía.

1. Bosch, María José, “¿Carreras o Habilidades del Futuro? El rol del *upskilling* y *reskilling*”, *Guía Práctica*, N°37 enero, Escuela de Negocios de la Universidad de Los Andes, 2023.
2. Domínguez Montoya, Álvaro, “El Despido por Necesidades de la Empresa, en los Procesos de Subcontratación en Chile”, *Problemáticas en Torno a la Subcontratación*, Santiago, Librotecnia, 2018.
3. Domínguez Montoya, Álvaro, *El Despido por Necesidades de la Empresa en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, 2022.
4. Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho Individual del Trabajo, Doctrina, Materiales y Casos*, Santiago, DER Ediciones, 2021.
5. Gamonal Contreras, Sergio, *Fundamentos del Derecho Laboral*, Santiago, Der Ediciones, 2020.
6. Herraiz Martín, María del Sol, “Reflexiones Sobre el Uso de los Dispositivos Digitales como Medio y Causa de Despido”, *Cambio Tecnológico y Transformación de las Fuentes Laborales*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2023.
7. Lanata Fuenzalida, Gabriela, *Contrato Individual de Trabajo*, Santiago, Legal Publishing, 2009.

8. Lizama Portal, Luis y Lizama Castro, Diego, *Manual de Derecho Individual de Trabajo*, Santiago, DER Ediciones, 2021.
9. Mella Méndez, Lourdes, “El Despido por Crisis de la Empresa en España: Análisis Crítico de las Principales Novedades Tras la Ley 35/2010”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, número 13, 2011.
10. Rojas Miño, Irene, “Las Necesidades de la Empresa como Causa de Terminación del Contrato de Trabajo en el Sistema Jurídico Chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Volumen 27, 2020.
11. Suárez González, Fernando, “La Resolución del Contrato de Trabajo por Excesiva Onerosidad Sobrevenida de la Prestación del Empresario”, *Revista de Política Social*, Número 56, 1962.
12. Sierra, Alfredo y Cerón, Roberto, “Terminación del Contrato de Trabajo”, *GPS Laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022
13. Varas Castillo, Mario, “Pérdida de Eficacia de la Causal de Necesidades de la Empresa en el Sistema de Terminación del Contrato de Trabajo”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social*, Volumen 2, número 3, 2011.

Jurisprudencia Utilizada:

1. Sentencia Definitiva de Casación en el Fondo, de fecha 29 de septiembre de 2009, Rol 4.123-2009, de la Excelentísima Corte Suprema.
2. Sentencia de Fecha 23/09/2019, en causa ROJ SJSO 4141/2019, Del Juzgado de lo Social N°10 de Las Palmas de Gran Canaria, España.
3. Sentencia de Nulidad Laboral, de fecha 28 de mayo de 2019, Rol 288-2018, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.
4. Sentencia de Nulidad Laboral, de fecha 24 de julio de 2023, Rol 137-2023, de la Ilustrísima Corte de San Miguel.
5. Sentencia de Unificación de Jurisprudencia, de fecha 08 de enero de 2018, Rol 34.742-2017, de la Excelentísima Corte Suprema.

6. Sentencia de Unificación de Jurisprudencia Laboral, de fecha 08 de enero de 2018, Rol 35.742-2017, de la Excelentísima Corte Suprema.
7. Sentencia de Unificación de Jurisprudencia Laboral, de fecha 20 de marzo de 2019, Rol 1.073-2018, de la Excelentísima Corte Suprema.
8. Sentencia de Unificación de Jurisprudencia Laboral, de fecha 09 de noviembre de 2021, Rol 76.715-2020, de la Excelentísima Corte Suprema.
9. Sentencia de Unificación de Jurisprudencia Laboral, de fecha 08 de septiembre de 2022, Rol 63.480-2021, de la Excelentísima Corte Suprema.

Linkografía:

1. <https://www.20minutos.es/tecnologia/inteligencia-artificial/elon-musk-expertos-frenar-avance-inteligencia-artificial-chatgpt-5114605/>
2. <https://www.bbva.com/es/reskilling-y-upskilling-renovarse-en-tiempos-de-incertidumbre/>
3. <https://cnnespanol.cnn.com/2023/03/29/chat-gpt-ia-podrian-afectar-300-millones-empleos-mundo-goldman-sachs-trax/>
4. <https://www.df.cl/economia-y-politica/laboral-personas/automatizacion-como-causal-de-despido-fallo-judicial-alerta-a-expertos>
5. <https://www.df.cl/economia-y-politica/laboral-personas/estudio-advierte-mayor-riesgo-de-la-automatizacion-del-empleo-en-el-pais>
6. <https://es.weforum.org/agenda/2023/05/estos-son-los-trabajos-que-se-perderan-y-se-crearan-a-causa-de-la-ia/>
7. https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile/1467_2_1
8. <https://www.univision.com/noticias/ciencia/15-trabajos-robots-estan-reemplazando-humanos-fotos-fotos>