El daño moral por término del Contrato de Trabajo

Su Indemnización en los Casos de Despido Abusivo e Indirecto y su Fundamento en el Contenido Ético Jurídico del Contrato de Trabajo

Sergio Gamonal Contreras

Profesor de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho
Universidad Adolfo Ibáñez

EDITREM S.A

© 2000, Sergio Gamonal Contreras.
El daño moral por término del Contrato de Trabajo

Edita: EDITREM S.A.
Rut.: 96.659.390-3
San Antonio 427 - of. 714
Santiago - Fono: 639 4182

Inscripción N°115.142 , Santiago de Chile.

ISBN 956-288-657-3

Derechos reservados para la presente edición

Ninguna parte de este libro, incluido el diseño de la portada, puede ser reproducida, transmitida, o almacenada, sea por procedimientos mecánicos, ópticos, químicos o electrónicos, incluidas las fotocopias, sin permiso del editor.

Diseño de Portada: Yessica Ibaceta M.

Diagramación e Impresión Digital
LOM Ediciones Ltda.
Maturana 9 - Fono: 671 5612
Santiago de Chile.

PRIMERA EDICIÓN
200 Ejemplares.
Julio de 2000

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

A mis padres

"El trabajo humano se halla siempre en el punto de encuentro del hombre y las cosas, y el jurista dudará siempre si lo sitúa en el derecho de las personas o en el derecho de los bienes, y no podrá eludir totalmente uno u otro de tales aspectos".

Alain Supiot

ÍNDICE

PRÓLOGO 9

I. INTRODUCCIÓN

1. El daño moral: noción elemental. 15
2. Daño moral extracontractual y contractual. 17
3. Fundamento constitucional. 19

II. DAÑO MORAL, DERECHO LABORAL y TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO

4. Daño moral y derecho laboral. 23
5. Su fundamento ético-jurídico. 25
6. Hipótesis. 30
7. El término del contrato de trabajo. 33
   - 7.1 El despido justificado. 36
   - 7.2 El despido injustificado. 38
   - 7.3 El despido abusivo. 38
     - 7.3.1 Concepto. 38
     - 7.3.2 El despido injustificado que deriva en un despido abusivo. 41
     - 7.3.3 El despido abusivo expresamente reconocido en el Código del Trabajo. 42
   - 7.4 El despido indirecto. 44
8. Indemnizaciones por término de contrato de trabajo. 45
   - 8.1 Definiciones. 45
   - 8.2 Naturaleza jurídica. 47

III. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO.

9. Teorías. 61
10. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual? 64
11. Procedencia y fundamento. 67
12. Jurisprudencia. 74

IV. CONCLUSIONES 77
BIBLIOGRAFÍA 79

PRÓLOGO

Los autores clásicos del derecho del trabajo generalmente señalan, como una de sus características en tanto disciplina jurídica autónoma, su carácter expansionista, dinámico y en permanente evolución. El paso del antiguo derecho obrero o industrial al moderno derecho del trabajo da cuenta, precisamente, de su proceso de consolidación en cuanto rama del derecho con institutos y principios propios. Desde el punto de vista de los sujetos objeto de regulación, esa evolución permite constatar el fenómeno de la extensión en la aplicación de sus normas.

Sin embargo, lo que constituía una tendencia históricamente progresiva de pronto se quiebra, cuestionándose las bases sobre las que se había diseñado el derecho del trabajo. Aparece entonces el desafío a su vigencia como disciplina de regulación del empleo y de respuesta jurídica frente a la realidad del trabajo. También en clave ideológica, se controvierte la regulación normativa de las relaciones de trabajo y se cuestiona su capacidad de adaptación frente a las crisis, a la innovación tecnológica y a los nuevos diseños sociales. Como en otras áreas de la actividad, se argumenta que el derecho del trabajo no acompaña a los cambios en la realidad, que sus institutos constituyen un freno al desarrollo y, en fin, que la regulación se convierte en letra muerta favoreciendo la exclusión en las relaciones sociales.

La experiencia histórica, sin embargo, aconseja observar estos procesos respetando la dinámica social, que inevitablemente se reproduce en el ámbito del conocimiento. Lo cierto es que las corrientes que han cuestionado al derecho del trabajo no han podido dar una respuesta alternativa válida -en términos de civilización-, pues en definitiva obedecían en clave ideológica a un objetivo de imponer lisa y llanamente un abstencionismo legislativo que resulta absolutamente inviable en las sociedades democráticas. Con todo, cabe resaltar en estos procesos -particularmente en la experiencia comparada- la capacidad de los actores sociales de reaccionar frente a los problemas sociales, dándole un sello de adaptación a las

instituciones jurídico laborales, pasando a una etapa de dinámica doctrinaria que ha permitido reforzar sus bases, en cuanto disciplina jurídica autónoma.

El derecho chileno del trabajo no ha estado ajeno a esa evolución. Del proceso de expansión que sigue a su juridificación en los años veinte, se pasa a un proceso de flexibilización de las normas reguladoras del trabajo que, a su vez, desde un punto de vista de la discusión doctrinaria, tenía bajo sí un cuestionamiento a la vigencia de las instituciones jurídico laborales, enfrentadas a la necesidad de superación de la crisis en un escenario negativo, o de promoción del desarrollo en uno positivo.

En el caso chileno, el proceso de adaptación de las instituciones jurídico laborales frente a los requerimientos que plantean los hechos sociales y económicos, no ha tenido la connotación autonómica de otras experiencias, dadas ciertas características de su sistema de relaciones laborales. No obstante, a partir de la flexibilidad impuesta en la legislación de 1978, se ha podido desarrollar un nuevo tipo de discusión doctrinaria que ha permitido incorporar elementos adicionales, incluidos aquellos de carácter extrajurídico, que lejos de afectar la vigencia disciplinaria la han reforzado. Es posible, a modo de conclusión, señalar que en este proceso se ha hecho muy presente la necesidad de la vigencia del derecho del trabajo como expresión especializada del derecho aplicable a un área de la realidad, con identidad, naturaleza, principios e institutos propios.

Este proceso de adaptación no es extraño, si se considera que frente a nuevos hechos la ciencia jurídica reacciona en perspectiva disciplinaria. Así, a modo de ejemplo, en el caso del derecho laboral, los procesos de concertación social han desafiado los marcos tradicionales de las fuentes del derecho y han generado un debate en torno a los efectos vinculantes de los acuerdos sociales. Lo que llama la atención, en cambio, es que problemas antiguos y que han sido objeto de análisis desde la perspectiva de otras disciplinas jurídicas, pasen a tener una mayor trascendencia en el derecho del trabajo. Es el caso del tema que es objeto de este estudio, de parte del Profesor Sergio Gamonal Contreras: el daño moral en caso de término del contrato de trabajo.

Se trata de una materia que ha adquirido un creciente interés tanto en la práctica judicial como en el debate académico. Es probable que no haya una sola explicación sobre el porqué una institución, de desarrollado aunque nunca terminado tratamiento en el derecho común, ocupa en el derecho chileno del trabajo un lugar en los temas emergentes.

Entre las posibles respuestas, se puede destacar el progresivo reconocimiento de derechos del trabajador que exceden del solo cumplimiento de las obligaciones tipificadas en el contrato; la consideración del trabajador no ya como mero sujeto prestador de servicios sino en su calidad de persona natural dotada de derechos que derivan de tal condición; y la evolución del mercado de trabajo que ha significado privilegiar la contratación -particularmente en situaciones críticas-, lo que agrega al empleo una valoración jurídica adicional. A esto puede agregarse el desarrollo de alguna doctrina que asigna al trabajador una ciudadanía en la empresa y, por lo tanto, la titularidad de una serie de derechos que exceden la sola relación contractual.

En cualquier caso, no resulta indiferente un hecho o un acto jurídico que emana del empleador y que provoque daño, pues corresponde entonces aplicar ciertas instituciones de derecho orientadas a reparar o a compensar los efectos que ello genera.

En el derecho chileno, aparece como particularmente relevante para estos efectos la evolución legislativa en materia de despidos habida a partir de 1978 y su recepción jurisdiccional. Si se considera que desde ese año se rompe la política de derecho marcada por la estabilidad relativa en el empleo, consagrada en la ley N°16.455, el aumento de las facultades del empleador en materia de terminación de contrato debe tener su contrapartida en cuanto a otros efectos que de su ejercicio se pueden producir. En el caso más extremo, la imputación de ilícitos al trabajador debe tener respuesta en la reparación del daño moral que le provoca la actuación del empleador, incluso en un caso post despido, como ya cierta jurisprudencia lo ha sustentado.

Hay en esos casos –aparte del sentimiento de sufrimiento que la imputación injustificada causa- un daño a la imagen del trabajador, a su posición en el mercado de trabajo y en el acceso a empleo, particularmente cuando se trata de un negocio jurídico que es esencialmente intuito personae. Pero también hay situaciones límites que pueden producirse aunque no haya una imputación directa al trabajador, como puede ser el caso de un trabajador que es despedido incluso por causales de ejercicio propio del empleador, cuando éstas se producen en un contexto que puede afectar al trabajador, dadas ciertas situaciones producidas en la empresa. Un ejemplo de ello puede ser el caso del trabajador cuyo contrato termina por desahucio del empleador, pero la aplicación de esta causal, en medio de una situación de escándalo público, indirectamente lo afecta.

La obra del profesor Gamonal presenta el problema del daño moral desde una perspectiva amplia, analizándolo de acuerdo a los institutos del derecho del trabajo. El autor realiza una completa síntesis del instituto, y agrega -lo que sigue una tendencia ya expresada en su Introducción al Derecho del Trabajo- sus fundamentos constitucionales. Estudia, además, la legislación chilena de despido y el régimen de indemnizaciones por término de contrato.

Resulta de interés anotar las principales tesis contenidas en la obra:

a) que el daño moral en las relaciones del trabajo es susceptible de presentarse en la etapa precontractual, durante la vigencia del contrato y a su término e, incluso, cuando ya se ha consolidado el acto jurídico del despido. En el primer caso, la propia evolución de la organización del trabajo hace retomar el carácter intuito personae del contrato de trabajo. La contratación se orienta a un tipo de trabajador específico, en que la práctica da cuenta de ciertas situaciones que pueden resultar perjudiciales para el trabajador, particularmente cuando se produce discriminación. También reviste interés la situación de daño moral en el post-despido, vale decir, cuando se trata de situaciones ajenas al acto jurídico del despido, como ha ocurrido con conductas del empleador durante la tramitación del juicio por término de contrato.

b) una tesis muy central en esta obra, es la afirmación que hace el autor respecto del carácter que tiene la indemnización tarifada por término del contrato, en cuanto ésta no comprende el eventual daño moral que se puede provocar con el despido. La tendencia jurisprudencial es indicativa: la consecuencia que puede tener para el trabajador la conducta antijurídica del empleador, debe ser reparada con independencia de la sanción legislativa al despido injustificado. Refuerza lo anterior si el daño moral se produce por un hecho o actuación del empleador, en oportunidad distinta de la del despido. Cabe a esto agregar que la indemnización tarifada sanciona tan sólo la falta de acreditación de la causal invocada o la circunstancia que el empleador no haya invocado causal alguna al despedir, vale decir, en correspondencia con la infracción a la ley del contrato y a su cumplimiento de acuerdo a lo pactado.

c) también el autor sostiene la tesis que coloca al daño moral bajo la responsabilidad contractual, cuando se trata de un despido que infringe el contenido ético jurídico del contrato de trabajo, el que debe acreditarse debidamente. Asimismo, impugna la postura de que el daño moral se rija por las normas aplicables a la responsabilidad extracontractual. Es un tema de gran interés doctrinario, en el que las diversas posiciones tienen un alto grado de fundamentación. Un elemento a considerar es la posible ocurrencia del hecho o acto, que genera la obligación de resarcir el daño moral provocado al trabajador, después de ocurrido el despido, en una actuación distinta pero ligada o derivada del despido. Esto plantea, a su vez, el problema del tribunal competente para conocer de la causa.

El enfoque dado por el autor, la bibliografía y jurisprudencia utilizada y las conclusiones que plantea, hacen de esta obra un valioso aporte a la literatura iuslaboralista chilena, continuando con una tradición propia del derecho chileno del trabajo, en cuanto expone con rigurosidad intelectual, solidez argumental y amplitud de criterio, los problemas más centrales del tema en estudio.

El autor, profesor de la especialidad, asume de este modo en línea de continuidad, el aporte de los académicos a la comunidad jurídica iuslaboralista a través de la doctrina, invitando de este modo con un enfoque actual y documentado, al análisis de una de las materias que estimamos será de un amplio tratamiento en el foro y en la cátedra.

Francisco J. Tapia Guerrero
Presidente
Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

I. INTRODUCCIÓN.

Sumario: 1. El daño moral: noción elemental. 2. Daño moral extracontractual y contractual. 3. Fundamento constitucional.

1. El daño moral: noción elemental. En este libro pretendemos estudiar el daño moral por término del contrato de trabajo.

Se trata de una materia de amplio desarrollo en el derecho comparado, pero de escaso tratamiento en nuestra doctrina y jurisprudencia, lo que nos obliga a un análisis previo sobre el daño moral en general; el término del contrato de trabajo, y las indemnizaciones a que éste da lugar conforme al Código del ramo.

Estamos conscientes de la gran proyección del tema elegido, lo que nos ha obligado a centrarnos en sus aspectos esenciales, dejando de lado otras materias conexas, como el daño moral en otras etapas de la relación laboral.

Para un adecuado estudio del daño moral por término del contrato de trabajo es necesario hacer previamente una breve referencia acerca del daño moral en general[1].

El daño ha sido definido en nuestra doctrina civil por Arturo Alessandri Rodríguez como "todo detrimento, perjuicio o menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creen-

[1] La reparación de este tipo de daño en el derecho ha evolucionado, desde una aceptación del resarcimiento de las consecuencias pecuniarias del daño extrapatrimonial, en materia extracontractual, denominado "daño moral impropio"; admitiéndose, en una segunda etapa, el resarcimiento del "daño moral puro" en la responsabilidad aquiliana, entendido como aquel perjuicio que no afecta ni aun indirectamente al patrimonio de la víctima, para, finalmente, aceptar el principio de la plena resarcibilidad del daño moral en todo tipo de responsabilidad. Ver Domínguez Hidalgo, Carmen, "La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° 1, p. 31.

cias, etc.", agregando que el "daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo"[2].

Para el profesor Domínguez Águila el daño "implica la privación de algún bien, de un derecho o la alteración de alguna situación jurídica o lesión de un interés, presente o futuro"[3].

En cuanto al daño moral, éste ha sido conceptuado por Fueyo Laneri como "aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de la relación en su etapa precontractual, siempre que se afecte a la persona o se vulnere un bien o derecho de la personalidad, o un derecho de familia propiamente tal"[4].

Diez Schwerter explica que el daño moral consiste en "la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima", que son aquellos que afectan "a la persona y lo que tiene la persona pero es insustituible por un valor en moneda, desde que no se puede medir con ese elemento de cambio"[5].

Por su parte, Carmen Domínguez lo define como "todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente"[6].

Debemos hacer presente que aunque la reparación del daño moral extracontractual ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia desde comienzos de siglo, su reconocimiento en materia contractual ha sido bastante tardío. En efecto, salvo el caso del contrato de transportes y de los accidentes del trabajo, la reparación del daño moral contractual ha sido comúnmente aceptada desde hace no más de quince años.

[2] Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, 1943, p. 210.

[3] Domínguez Águila, Ramón, "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, año LVIII, N° 188, julio/diciembre de 1990, p. 125.

[4] Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 68.

[5] Diez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 88.

[6] Domínguez Hidalgo, Carmen, op. cit., "La indemnización...", p. 43, y *El Daño Moral*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 83 y 84.

En materia laboral, se ha reconocido la posibilidad de indemnización del daño moral en los accidentes del trabajo. Por el contrario, en los casos de término del contrato de trabajo su indemnización ha sido muy excepcional y, en otras situaciones de naturaleza laboral, inexistente.

Como veremos esta perspectiva está cambiando por lo cual creemos de importancia precisar desde un punto de vista dogmático y de derecho del trabajo el alcance del daño moral por término del contrato de trabajo.

2. Daño moral extracontractual y contractual. La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual ha sido trascendente en nuestro país, entre otras materias, por la resarcibilidad del daño moral, debido a que la jurisprudencia lo ha aceptado más fácilmente en materia de responsabilidad aquiliana que en la contractual.

En nuestro país, el legislador ha establecido importantes diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, tanto en su ubicación dentro de nuestro Código Civil como en aspectos de fondo, relativos, entre otros múltiples aspectos, a la culpa, la mora y la extensión de la reparación.

En nuestra jurisprudencia la reparación del daño moral extracontractual fue acogida por primera vez por un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 1907[7], efectuándose, posteriormente, en una sentencia de 1922[8], la primera fundamentación detallada acerca de la reparación del daño moral extracontractual[9].

Por el contrario, en materia de responsabilidad contractual, la aceptación de la indemnización del daño moral ha sido más bien reciente.

La jurisprudencia nacional, en forma excepcional, comenzó a aceptar la reparación del daño moral contractual en la década del cincuenta, respecto del contrato de transporte. Tampoco hubo dudas respecto del daño moral indemnizable por accidentes del trabajo, al tenor de lo establecido en la letra b) del artículo 69 de la ley N° 16.744, que dispone que "la víctima y demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables

[7] Diez Schwerter, op. cit., p. 94. Se fijó una suma de dinero a fin de indemnizar el perjuicio –no material– que a un padre le produjo la muerte del hijo menor de edad, a consecuencia de un cuasidelito.

[8] Se trata del caso Vaccaro con The Chilean Electric Tranway and Ligth Cía. Ltda.

[9] Diez Schwerter, op. cit., pp. 94 y 95.

del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral" [10].

Muchos años después, en 1984, encontramos una sentencia que acoge la reparación del daño moral contractual por la negativa injustificada de un banco a alzar una hipoteca[11].

Posteriormente, el 20 de octubre de 1994, la Corte Suprema resuelve un recurso de casación en el fondo[12], fundamentando que la reparación del daño moral contractual no viola lo establecido en los artículos 1556 y 1558 del Código Civil, como postulaba la doctrina que niega su indemnización en materia contractual. En esta causa, la Corte sostuvo que el artículo 1556, al expresar que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye la reparación del daño meramente moral. Agrega que la ley no prohíbe la indemnización del daño moral fuera del ámbito delictual y cuasidelictual, y que los artículos 544, 539 y 1544 del Código Civil abren la puerta a esta clase de daños no patrimoniales en las relaciones de familia y en las convenciones (considerando 7°). Sostiene el fallo que, aceptado el daño moral en materia extracontractual, no existe motivo para negarlo en el área contractual (considerando 8°).

Finalmente, esta sentencia se refiere al artículo 2329, ubicado en el Título de los delitos y cuasidelitos, donde se establece que "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta", el cual es citado por los recurrentes para afirmar que el legislador se cuidó de ampliar el concepto de lo que es resarcible, para no permitir en una interpretación amplia la reparación del daño moral, excluyendo así a las obligaciones contractuales (considerando 14°). Al respecto, la Corte expresa que la citada norma no es lo suficientemente definitiva y categórica, que el Código Civil no se ha preocupado de definir con exactitud lo que entiende por perjuicio o por daño y

[10] Domínguez Águila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, "Daño moral en la responsabilidad contractual. Ausencia de norma excluyente de su reparación", Comentario de Jurisprudencia, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 196, año LXII, julio/diciembre de 1994, p. 156. Consultar, además, Domínguez Águila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, "Responsabilidad contractual. Daño moral. Cúmulo de responsabilidades. Prueba del daño moral", Comentario de Jurisprudencia, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 193, año LXI, enero/junio de 1993, p. 160. Un comentario a las primeras sentencias sobre daño moral en el contrato de transportes, en Tomasello, Hart, Leslie, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1969, pp. 303 y ss.

[11] Domínguez Águila y Domínguez Benavente, op. cit., "Daño moral en la...", p. 156.

[12] Fallos del mes, N° 431 de 1994, pp. 657 a 663. Se trata del caso María Rafart Mouthon con Banco de Chile. Casación en el fondo, 29 de octubre de 1994.

que al examinar otros preceptos fuera del Título dedicado a los delitos y cuasidelitos, se hallan muchos de ellos que también usando términos amplios responsabilizan al deudor colocado en determinadas situaciones del pago de todo perjuicio, como son los artículos 1562, 1533, 1853, 1930, 1949, etc. (considerando 15°)[13].

Es destacable, además, la reciente consagración legislativa del daño moral contractual en ley de protección al consumidor, N° 19.496, que establece expresamente la indemnización por daños materiales y morales en caso de incumplimiento de las normas que ella contiene (art. 3° e).

3. Fundamento constitucional. La indemnización del daño moral ha sido acogida como principio a nivel constitucional.

En efecto, nuestra Constitución Política hace referencia al daño moral en su artículo 19 N° 7° letra i), al contemplar el derecho a ser indemnizado por el Estado por los perjuicios patrimoniales y morales causados por el "error judicial".

Asimismo, su artículo 38 inciso segundo dispone: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". Opinamos que dicho reclamo perfectamente puede comprender el daño moral, toda vez que nuestro constituyente no lo excluye expresamente de la reparación[14].

Por otra parte, en el artículo 19 N° 24° inciso tercero, excluye en forma expresa la reparación del daño moral al disponer que el expropiado tiene derecho a la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado[15].

Además, la Carta Fundamental en su artículo 19 N°s. 1° y 4°, refuerza el reconocimiento del daño moral al consagrar como garantías constitucionales el dere-

[13] Ver cita y comentario de este fallo en Domínguez Águila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, op. cit., "Daño moral en la...", pp. 155 y ss. Otras sentencias recientes en esta materia, en Domínguez, Carmen, op. cit., "La indemnización...", p. 51.

[14] Sobre la procedencia de la reparación del daño moral por responsabilidad del Estado, consultar Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Bases Fundamentales, t. II El principio de juridicidad, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 310 y 311.

[15] Con la redacción del inciso tercero del numeral 24° del artículo 19, el constituyente quiso tutelar los intereses económicos del Estado, que podían verse afectados al tener que indemnizar los daños morales provenientes de una expropiación. Consultar Diez Schwerter, op. cit., p. 103.

cho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (N° 1°), y el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia (N° 4°).

Diez Schwerter precisa las consecuencias de las normas anteriores, en orden a que la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales contemplados en la Constitución debe aceptarse en cualquier ámbito de la responsabilidad civil: precontractual, contractual y extracontractual. Agrega que, además, será procedente la acción de protección establecida en el artículo 20 de la Ley Fundamental, la que, en la práctica, ha permitido reparar ciertos daños morales por medio de equivalentes no pecuniarios[16].

Por su parte, Domínguez Águila indica que nuestra Constitución consagra plenamente el "Principio de Reparación Integral del Daño", tanto respecto del daño moral en los numerales 1° y 4° del artículo 19, como en lo referente al daño patrimonial en el numeral 24° del citado artículo[17].

Por último, debemos señalar que en la sentencia de 20 de octubre de 1994, citada en el párrafo anterior, la Corte Suprema fundamenta su decisión favorable a la indemnización de los daños morales contractuales por lo dispuesto en los numerales 1° y 4° del artículo 19 de la Ley Fundamental, en relación con lo señalado en el artículo 1° de la Constitución, en cuanto declara que "el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece" (considerando 10°).

Añade este fallo que la anterior concepción filosófica corresponde a una corriente de pensamiento universal, como se desprende de diversos acuerdos internacionales, como por ejemplo en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo 5° establece que "Toda persona tiene

[16] Diez Schwerter, op. cit., pp. 104 a 106. Sobre el fundamento constitucional de la indemnización del daño moral consultar: Domínguez, Carmen, op. cit., "La indemnización...", p. 38; Domínguez Águila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, op. cit., "Daño moral en la...", p. 158; Domínguez Águila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, op. cit., "Responsabilidad contractual...", p. 163; Illanes Ríos, Claudio, "El daño moral en la responsabilidad contractual", charla dictada el 8 de septiembre de 1994 en el Colegio de Abogados, publicada en diciembre de 1994 por el Colegio de Abogados, p. 7, y Domínguez Águila, Ramón, "Reparación del daño moral por despido injustificado", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° 2, pp. 433 y 440 y ss.

[17] Domínguez Águila, op. cit., "Reparación del daño moral por...", p. 441.

derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, reputación y a su vida privada y familiar", y el Pacto de San José de Costa Rica que en su artículo 11 dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (considerando 11°).

Como vemos, la reparación del daño moral contractual y extracontractual tiene plena justificación en nuestro orden constitucional, lo cual, como analizaremos en los próximos capítulos, es de gran importancia para el derecho laboral.

II. DAÑO MORAL, DERECHO LABORAL y TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Sumario: 4. Daño moral y derecho laboral. 5. Su fundamento ético-jurídico. 6. Hipótesis. 7. El término del contrato de trabajo. 7.1 El despido justificado. 7.2 El despido injustificado. 7.3 El despido abusivo. 7.3.1 Concepto. 7.3.2 El despido injustificado que deriva en un despido abusivo. 7.3.3 El despido abusivo expresamente reconocido en el Código del Trabajo. 7.4 El despido indirecto. 8. Indemnizaciones por término de contrato de trabajo. 8.1 Definiciones. 8.2 Naturaleza jurídica.

4. Daño moral y derecho laboral. Antes de estudiar la procedencia de la reparación del daño moral en el derecho del trabajo, es necesario referirnos a la naturaleza de la relación de trabajo.

Cabe recordar que el derecho del trabajo en sus orígenes se encuentra indisolublemente unido a la Revolución Industrial, por lo que no es casualidad que su primera denominación fuera "legislación industrial", definida como una rama del derecho que nace con el fin preciso de proteger al proletariado del siglo XIX contra la explotación generada por un "capitalismo salvaje"[18].

Es así como la principal característica del derecho laboral ha sido su finalidad protectora de la parte débil de la relación laboral, el trabajador, quien pone a disposición del empleador su energía laboral en virtud de un contrato de trabajo, el cual tiene componentes que van más allá de lo meramente patrimonial.

En palabras del profesor Santoro Passarelli, el objeto de este contrato implica a la persona del trabajador, tanto por su subordinación al empleador e integración

[18] Rivero y Savatier, *Droit du travail*, PUF, 1993, p. 34.

a la empresa, como por su dependencia de la remuneración mensual a fin de subsistir junto a su familia[19].

En las líneas siguientes haremos una breve referencia a la subordinación como elemento tipificante de la relación laboral, para continuar, en el párrafo próximo, con el análisis del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, de donde fluye la directa relación de este contrato con los intereses extrapatrimoniales de sus partes.

De todos los elementos del mismo, es sin duda la subordinación el que caracteriza de mejor forma al contrato de trabajo. Mucho se ha escrito sobre la subordinación laboral. Ésta ha sido definida como "el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que origina la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de otra persona, en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa"[20].

Kahn-Freund observa que el derecho "encubre" la realidad de la subordinación tras la pantalla conceptual de los contratos, que considera concluidos entre iguales[21], cuando, en realidad, se trata de una relación de poder que genera una suerte de "sujeción" del trabajador al empleador.

Por su parte, Supiot destaca que la subordinación es la piedra angular de un derecho cuya finalidad esencial es demarcar el ejercicio del poder que se confiere a una persona sobre otra. Este poder subvierte los grandes principios sobre los que se basa el derecho de obligaciones y contratos: la igualdad de las partes, así como el principio de libertad contractual. Donde el derecho de obligaciones postula la autonomía de la voluntad el derecho del trabajo organiza la "sumisión de la voluntad" [22].

Es así como la tensión entre subordinación y autonomía privada lleva a considerar al trabajador en la empresa como objeto y sujeto del contrato a la vez[23]. Lo anterior justifica que esta rama del derecho se oriente a la tutela de la libertad y

[19] Santoro Passarelli, Francesco, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, 1963, p. 11.

[20] Cabanellas citado por Ferrari Costa, Edgardo, *El concepto de subordinación*, Abeledo-Perrot, 1967, pp. 38 y 39.

[21] Kahn-Freund, Otto, *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 48 y 49.

[22] Supiot, Alain, *Crítica del derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp. 133 y 134.

[23] Supiot, op. cit., p. 147.

personalidad del trabajador, quien se encuentra bajo dependencia y poder del empleador.

Como bien señala Verdier, la subordinación jurídica del trabajador implica la existencia de un poder privado de una persona sobre otra, lo que hace necesaria una protección de los derechos de la persona y la garantía de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en las relaciones de trabajo[24].

En este contexto, si en algún ámbito del derecho el concepto de "daño moral" puede tener alguna aplicación, es en el derecho del trabajo, dado que el trabajador compromete toda su persona en la relación laboral, y la subordinación lo hace proclive a que las actuaciones del empleador, que dirige dicha actividad, menoscaben sus intereses no patrimoniales.

No obstante, aunque este menoscabo puede darse con mayor frecuencia respecto de la persona del laborador, nada impide que pueda producirse en perjuicio del empleador por una acción de aquél[25].

Como conclusión, podemos afirmar que la reparación del daño moral en el derecho laboral se sustenta en la "necesidad" de proteger de modo preferente la personalidad del trabajador ya que en el contrato de trabajo existen una serie de obligaciones que resguardan bienes extrapatrimoniales del mismo, entre otros, el honor, la dignidad y su integridad física, conformando el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo[26].

5. Su fundamento ético-jurídico. Thayer y Novoa distinguen tres contenidos en el contrato de trabajo[27]: 1) de naturaleza jurídico institucional: comprensivo de la facultad de mando del empleador y del deber de obediencia del trabajador; 2) patrimonial: consistente en la obligación de prestar los servicios convenidos así como su respectiva remuneración, y 3) ético-jurídico: basado en que el contrato de trabajo tiene un profundo contenido moral con manifestaciones jurídicas.

Este último contenido, denominado ético-jurídico encuentra su razón de ser en los orígenes del derecho laboral.

[24] Verdier, Jean-Maurice, *Droit du travail*, Dalloz, 1990, p. 8.

[25] Vázquez Vialard, Antonio, *La responsabilidad en el derecho del trabajo*, Editorial Astrea, 1988, p. 755.

[26] Mangarelli, Cristina, *Daño moral en el derecho laboral*, Acali Editorial, 1984, pp. 62 y 63.

[27] Thayer, William y Novoa, Patricio, *Manual de derecho del trabajo*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pp. 167 y 168.

En gran medida el contrato de trabajo es producto de una combinación o síntesis de la tradición romanista y germanista de la relación de trabajo, o sea de "una combinación de las nociones de cambio y de vínculo personal"[28].

La cultura romanista tiene su antecedente remoto en la *locatio operarum* de los romanos. En esta tradición, las relaciones laborales se explican como una operación de intercambio entre sujetos formalmente iguales, situando el problema en el ámbito del derecho de obligaciones.

Por el contrario, el antiguo derecho germánico contemplaba no sólo la relación de trabajo servil sino el contrato de vasallaje, en el cual un hombre libre se colocaba a disposición de otro que le concedía a cambio protección, ayuda y representación. Esta relación constituía un verdadero vínculo personal de fidelidad recíproca que se emparentaba con los vínculos familiares, y hacía participar a quienes se unían por medio de él en una misma comunidad de derechos y de deberes. Para esta tradición cultural -institucional y comunitaria- se concibe la relación laboral como una situación de pertenencia personal a una comunidad, enmarcándola en la órbita del estatuto de las personas. En este contexto el trabajador asalariado se halla en una situación estatutaria y no contractual[29].

Producto de la síntesis de ambas tradiciones, el contrato de trabajo ha devenido en una "forma jurídica obesa", sobrecargada de derechos, provenientes de las normas legales, colectivas o de la jurisprudencia. Como explica Supiot, "englobando su contrario, el contrato de trabajo ha operado la síntesis de lo que los juristas han percibido hasta la mitad de este siglo como una antítesis, la síntesis de las concepciones romanista y germánica de la relación de trabajo. Sin duda, esta síntesis no es ni estable, ni uniforme, ni se ha llevado a cabo de la misma manera en todos los países. Pero se ha producido en todas partes"[30].

En este contexto, el contenido ético-jurídico responde a la tradición germánica recogida por el derecho del trabajo.

En nuestro derecho el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo se deduce del principio consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, en orden a que los "contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la

[28] Supiot, op. cit., p. 38.

[29] Supiot, op. cit., pp. 32 y 34.

[30] Supiot, op. cit., p. 45.

naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella"[31]. Se trata de obligaciones que se integran a la ejecución de buena fe del contrato por "expresa disposición de la ley", en diversos preceptos del Código del Trabajo, tales como las normas de protección de los trabajadores o las causales de caducidad.

Por otra parte, este contenido es deducible de la normativa general, de los principios del derecho laboral y de la interpretación a contrario sensu de muchas de sus normas, especialmente las relativas a la terminación del contrato de trabajo, como por ejemplo ocurre con la causal de falta de probidad de la cual emana la obligación de fidelidad y lealtad[32].

Además, se ha fundamentado el contenido ético-jurídico en el hecho de que la obligación del trabajador compromete su propia persona, toda vez que destina parte de sus energías físicas y mentales, constitutivas de su personalidad, para realizar su labor, lo que difiere de las demás prestaciones y lo involucra en forma singular y personalísima[33].

Complementa lo anterior, el hecho de que el contrato laboral se desarrolla y cumple a lo largo del tiempo, originándose con ello vínculos personales y permanentes, lo que lo diferencia de una simple transacción circunstancial o mercantil[34].

Enumerando los deberes que nacen del contenido ético-jurídico nos encontramos con el deber de respeto a la persona y dignidad del trabajador[35]; deber general de protección del empleador[36]; deber de higiene y seguridad[37]; deber de previsión[38]; deber de ocupación efectiva y adecuada; deber de capacitación y educa-

[31] Thayer y Novoa, op. cit., p. 318. Estos autores precisan que el contenido ético-jurídico no es una obligación que integra la naturaleza del contrato, ya que forma parte de los deberes esenciales y principales de la relación laboral. Respecto de esta fundamentación consultar Mera Manzano, Rubén, "El contenido ético del contrato de trabajo", en *Estudios de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* en Homenaje al profesor don Francisco Walker Linares, Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 199.

[32] Thayer y Novoa, op. cit., p. 318.

[33] Mera Manzano, op. cit., p. 199.

[34] Mera Manzano, op. cit., p. 200.

[35] Se deduce este deber de las causales de caducidad establecidas en el artículo 160 N° 1 del Código del Trabajo, referidas a la "falta de probidad, vías de hecho, injuria o conducta inmoral grave debidamente comprobada".

[36] Nuestro Código titula su Libro II como "De la protección de los trabajadores".

[37] Artículo 184 del Código del Trabajo.

[38] Entre otras manifestaciones, podemos citar el artículo 184 inciso segundo del Código.

ción[39]; deber de diligencia y colaboración del trabajador; deber de fidelidad, y deber de lealtad[40].

En consecuencia, no cabe duda de que ante eventuales incumplimientos de las obligaciones del contrato no sólo pueden producirse daños materiales sino también morales, considerando especialmente el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.

Hace ya treinta años, Leslie Tomasello en su obra "El daño moral en la responsabilidad contractual" se ocupaba de la reparación del daño moral en la terminación del contrato de trabajo y en los accidentes del trabajo.

Para este autor perfectamente podría producirse un daño moral a propósito de un contrato de trabajo, quedando su indemnización sujeta a las reglas de la responsabilidad contractual, configurándose, generalmente, una causal para poner término al contrato[41].

Fernando Fueyo cita un caso de jurisprudencia española sobre daño moral por un contrato de trabajo que se terminó aduciendo un supuesto delito[42], y una jurisprudencia arbitral chilena, en la cual se niega lugar al daño moral pero se lo admite, a modo ejemplar, en otros supuestos para el contrato de trabajo[43].

[39] Los artículos 179 y ss. del Código del Trabajo se ocupan de la capacitación ocupacional.

[40] Thayer y Novoa, op. cit., pp. 322 y ss.

[41] Tomasello, op. cit., pp. 285 y 286.

[42] Fueyo Laneri, op. cit., "Instituciones...", pp. 80 y 81.

[43] Fueyo Laneri, op. cit., "Instituciones...", pp. 81 a 83. El considerando 27 del referido fallo arbitral dice: "Evidentemente, si el empleador maltrata físicamente al empleado o atenta de algún modo a su honor, la infracción contractual dará origen a un daño moral indemnizable, porque el hecho constitutivo de la infracción es idóneo para producir un daño de esa índole" (p. 81).

El árbitro don Raúl Varela Varela, admite la resarcibilidad del daño moral cuando se cause agresión a algunos de los derechos de la personalidad con motivo del incumplimiento de un contrato de trabajo (p. 82) y en el considerando 26 expone: "En el contrato de trabajo también se constata un fenómeno semejante, aun cuando de otra índole, puesto que refiriéndose la vinculación contractual a la persona misma del que promete su trabajo y a la de aquel a quien se hace, aunque de un modo más enérgico respecto del primero que del segundo, el contrato pone en juego la *dignidad de la persona humana*, siguiéndose de este antecedente que cualquier lesión que a ella se cause en el funcionamiento del contrato debe ser considerada como una violación del deber contractual, y así lo reconoce la ley cuando dispone que serán causa de caducidad del contrato: "las injurias, maltratos, atentados a la seguridad personal, el honor o los intereses de la otra". (pp. 82-83).

En cuanto al contrato de transportes el considerando 25 expresa: "por la propia estructura del contrato de transporte está prevista no sólo la posibilidad del daño patrimonial, en caso de incumplimiento o de cumplimiento tardío o incompleto, sino también la de daños morales, en el caso de que por algún accidente de que el porteador sea responsable resulte dañada durante el viaje la persona del pasajero" (p. 83).

En nuestra jurisprudencia, con excepción de la indemnización por daño moral en los accidentes del trabajo donde existe norma expresa, la indemnización por daño moral derivada de un contrato de trabajo ha sido prácticamente inexistente, salvo en algunos casos excepcionales, de los cuales destaca un reciente fallo de la Corte de Concepción, de diciembre de 1997, confirmado por la Corte Suprema, el cual analizaremos más adelante.

Como veremos, la tendencia del derecho comparado en esta materia ha evolucionado por la plena aceptación del daño moral en el derecho laboral, existiendo consenso en cuanto al contenido profundamente personal del contrato de trabajo, en cuya ejecución pueden producirse daños materiales y morales respecto de cualquiera de las partes, especialmente el trabajador.

En el ámbito internacional, desde los orígenes de la OIT se ha reconocido el contenido ético-jurídico de las relaciones de trabajo. En efecto, ya en el preámbulo de la Constitución de la OIT (de 1919) se señala que "existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales".

Luego en la Declaración de Filadelfia (1944), relativa a los fines y objetivos de la Organización, e incorporada como anexo a la Constitución de la OIT, se expresa que: "I La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: a) el trabajo no es una mercancía.". Más adelante, en el párrafo II se afirma que: "a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades."[44].

Nuestro Código, en diversas normas, reconoce implícitamente la posibilidad de que el empleador o trabajador incurran en conductas que pueden producir un daño moral.

Así, por ejemplo, en materia de término de contrato el artículo 160 N° 1 establece como causal de caducidad (y también de despido indirecto) la "conducta inmoral grave debidamente comprobada".

[44] Debemos recordar que por el solo hecho de que un Estado sea miembro de la OIT implica que se encuentra obligado por sus normas. En junio de 1998, la OIT adoptó una Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, en donde se reitera y refuerza que por el hecho de integrarse libremente a la OIT sus miembros han aceptado sus principios y los derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, comprometiéndose, a la vez, a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas.

Por su parte, en materia de prácticas desleales o antisindicales, el Código contempla en tres preceptos esta posibilidad:

a) En el artículo 291 N° 1 dispone que incurren en un atentado a la libertad sindical los que "ejerzan fuerza física o moral en los trabajadores...".

b) El artículo 387 letra d) estatuye que será una práctica desleal del empleador en la negociación colectiva "el que ejerza fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas...".

c) El artículo 388 letra b) reitera que cometerán una práctica desleal los que ejerzan fuerza "física o moral en las personas..." y su letra c) establece que será considerada práctica desleal "los que acuerden con el empleador la ejecución por parte de éste de prácticas atentatorias contra la negociación colectiva y sus procedimientos, en conformidad a las disposiciones precedentes, y los que presionen física o moralmente al empleador para inducirlo a ejecutar tales actos...".

No cabe duda de que en todas las normas citadas la "fuerza moral" puede producir un "daño moral", que deberá ser reparado.

Aún más, el artículo 292 inciso final dispone que el juez "deberá disponer que se subsanen o enmienden los actos que constituyen prácticas desleales...", lo que reconoce la posibilidad de indemnizar el daño moral por el perjuicio causado. Esta norma sólo establece una excepción a la enmienda de estas prácticas, en el caso de terminación del contrato de trabajo, donde deben aplicarse las normas que regulan esta materia (artículos 159 y ss.), las cuales, como estudiaremos, no impiden la indemnización del daño moral.

6. Hipótesis. El daño moral en materia laboral puede darse en diversos supuestos, tanto en una etapa precontractual, de ejecución del contrato, al término del mismo y post contractual, generándose, según el caso, responsabilidad contractual o extracontractual.

En la etapa precontractual, puede producirse un daño moral en el proceso de selección del trabajador, violentando su derecho a la intimidad si se le solicitan datos personales más allá de lo razonable o necesario para determinar su experiencia y capacidad. Asimismo, puede transgredirse su derecho a la vida privada indagando en su situación familiar, sus actividades de recreación, las actividades que realiza con su familia en el período de vacaciones, sus convicciones políticas,

religiosas o sindicales. Lo mismo ocurre con las listas negras, que afectan y dañan el derecho a la imagen del trabajador[45].

En la etapa de ejecución del contrato nada impide que cuando se incumplen obligaciones, que no impliquen su término, pueda resarcirse el daño moral[46].

Es un principio firme que el empleador no puede intervenir en la vida familiar, religiosa o política del trabajador, y que las libertades públicas tienen cierta proyección dentro de la empresa, consagrándose la denominada "ciudadanía en la empresa"[47].

Existen muchas situaciones durante el desarrollo del contrato que pueden producir un daño moral, como ocurre con el uso abusivo del jus variandi o cuando se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, por las medidas de revisión y control que establezca la empresa[48].

Del mismo modo, puede afectarse la honra del trabajador cuando se le sanciona disciplinariamente en forma infundada, por ejemplo por falta de honradez, en virtud del poder de mando del empleador[49].

Producido un daño moral durante el contrato[50], procede pedir la reparación del daño producido y es factible también solicitar el cese de las acciones que continúan provocando sus efectos en el tiempo.

---

[45] Un desarrollo más completo de los ejemplos citados en Süsseskind, Arnaldo; Délio, Maranhão; Segadas, Vianna, y Lima, Texeira, *Instituçiões de Direito do Trabalho*, Vol. 1, Sao Paulo, LTr, 1997, pp. 631, 634, 635 y 639.

[46] Pizarro, Ramón Daniel, *Daño moral*, Hammurabi, 1996, pp. 606 y 607. Consultar Mangarelli, op. cit., pp. 66 y ss. y p. 94, y Mangarelli, Cristina, *Despido abusivo e incumplimiento contractual*, Criterios para la estimación del daño, B de F, 1992, p. 17.

[47] Rivero y Savatier, op. cit., pp. 538 a 540. Sobre esta materia, consultar Couturier, Gérard, *Droit du travail*, 1/ Les relations individuelles de travail, PUF, 1996, pp. 358 y ss.

[48] Respecto de la vulneración del derecho a la intimidad, consultar Lima, Texeira, en Süsseskind, Arnaldo y otros, op. cit, p. 632. En nuestro país existen interesantes dictámenes de la Dirección del Trabajo en esta materia, como por ejemplo el dictamen N° 287/14 de 11 de enero de 1996, Boletín Oficial Dirección del Trabajo, N° 85, febrero de 1996, pp. 42 y ss.

[49] En esta materia, ver lo señalado por Lima, Texeira, en Süsseskind, Arnaldo y otros, op. cit, p. 637.

[50] Diversos ejemplos de daño moral en materia laboral se encuentran en Florindo, Valdir, *Dano Moral e o Direito do Trabalho*, 3a. edición, San Pablo, LTr, 1999, p. 69 y notas 21, 22 y 23.

En cuanto al daño moral en el derecho brasileño, revisar Siqueira Neto, José Francisco, "Dano Moral e as Relaçôes de Trabalho", *Direito do Trabalho & Democracia*, Apontamentos e Pareceres, San Pablo, LTr, 1996, pp. 97-121.

Además, durante la ejecución del contrato, puede producirse un accidente del trabajo o una enfermedad profesional, donde expresamente se contempla la reparación del daño moral, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 letra b) de la ley N° 16.744. Esta responsabilidad es de naturaleza contractual, en caso de que el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo del empleador, claramente deducida del deber de seguridad que establece el artículo 184 del Código del Trabajo[51].

En esta materia existen gran cantidad de fallos. A modo ejemplar, podemos citar una sentencia de la Corte Suprema de junio de 1997, resolviendo un recurso de casación en el fondo por un accidente del trabajo provocado por un alud, en el cual los trabajadores que fallecieron, después de ser alertados del mismo, dieron aviso a numerosos compañeros de labores, de otras empresas contratistas y subcontratistas, permitiendo que salvaran con vida. En este caso la Corte expresó: "el legislador ha impuesto al empleador adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores, debido a lo cual y al fijarse por los jueces del fondo como hecho de la causa, que el acontecimiento fundante de la demanda era previsible y que si bien tiene su origen en factores climáticos y de la naturaleza, no excluye la responsabilidad de la empleadora, como de la empresa dueña de las obras, por cuanto no se adoptaron, en forma previa a la ejecución de las faenas, ninguna medida tendiente a prevenir las consecuencias de posibles desastres, como tampoco se dieron pautas de conducta que debían seguir los trabajadores en tales eventos, no obstante la naturaleza y localización de los trabajos, además, de la advertencia informal hecha al efecto, en atención a la ubicación de los campamentos, que de haber sido implementadas no hubieran ocasionado en los empleados (...) el dilema a que se refiere el considerando quinto del fallo recurrido, esto es salvar sus vidas o tratar de dar aviso a otros empleados que indudablemente serían alcanzados por el alud por encontrarse sus campamentos en el lugar por el cual éste pasaría"[52].

[51] Gumucio Rivas, Juan Sebastián, "Régimen indemnizatorio de los accidentes del trabajo", en Revista Laboral Chilena, enero de 1992, pp. 75 y 76. Ver además Gumucio Rivas, Juan Sebastián y Corvera Vergara, Diego, "Responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo en Chile", en Revista Laboral Chilena, diciembre de 1996, pp. 64 y 65.

El artículo 184 del C. del T. dispone: "El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales".

Su inciso segundo dispone: "Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica".

[52] Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XCIV, mayo-agosto de 1997, considerando 4° p. 97.

Posteriormente agrega: "Que el daño moral, entendido como el sufrimiento o afección psicológica que lesiona el espíritu, al herir sentimientos de afecto y familia, manifestándose en lógicas y notorias mortificaciones, pesadumbres y depresiones de ánimo, necesariamente debe ser indemnizado cuando se produce en sede contractual, porque el legislador no lo excluye en el artículo 1558 del Código Civil, al contrario, en la letra b) del artículo 69 de la ley N° 16.744, expresamente lo hace procedente, decisión en la cual no se ha incurrido en error de derecho"[53].

Por su parte, en esta causa la Corte de Apelaciones de Santiago señala, en cuanto a la actitud de las víctimas, que: "Y esa certeza los puso en la disyuntiva ante la cual se hallan aquellas personas para las cuales los demás seres humanos tienen algún valor y sentido: salvarse ellos mismos de manera prescindente o salvar a otros primero y después velar por sí"[54], agregando: "El dilema surge por una sola causa: la omisión de medidas de seguridad ante posibles y previsibles accidentes de la naturaleza. De habérselas dispuesto oportunamente, no se habrían visto las víctimas ante tan inmenso cuestionamiento"[55].

En cuanto a la indemnización del daño moral producido al término del contrato y en la etapa post contractual, nos remitimos a lo que diremos en los próximos acápites.

7. El término del contrato de trabajo. Antes de analizar la indemnización del daño moral por término de contrato de trabajo, es necesario referirnos someramente al término del contrato laboral en general y a las indemnizaciones que establece la ley en esta materia.

El contrato de trabajo es un contrato que se ejecuta a través del tiempo, de tracto sucesivo, lo que implica que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de ciertos actos sino que tiene una permanencia en el tiempo.

Para el derecho laboral es de gran importancia que los contratos de trabajo sean estables, a fin de que los trabajadores gocen de una mínima permanencia en sus empleos, que les permita disfrutar de cierta seguridad y tranquilidad en su vida. Por lo anterior, se ha fomentado y promocionado el contrato de trabajo de

[53] Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XCIV, mayo-agosto de 1997, considerando 7° pp. 97 y 98.

[54] Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XCIV, mayo-agosto de 1997, p. 101.

[55] Ibídem.

duración indefinida y de jornada completa, siendo uno de los principios más importantes del derecho laboral el de continuidad, permanencia o estabilidad[56].

El principio de continuidad tiene diversas manifestaciones[57], algunas de las cuales se relacionan con el término de la relación laboral, donde es posible distinguir diferentes proyecciones de este principio, tanto en la facilidad para mantener el contrato vigente pese a los incumplimientos y nulidades, como por la interpretación de las interrupciones del contrato como simples suspensiones y, especialmente, porque la resolución del contrato por voluntad unilateral del patrón es excepcional.

En esta última materia, la idea matriz es que el empleador sólo puede poner término al contrato laboral por determinadas causales específicas, establecidas por ley, lo que configura la denominada estabilidad laboral.

La estabilidad laboral ha sido definida como "el derecho a permanecer en el cargo asalariado que se desempeña, a no ser despedido sin causa justificada calificada por autoridad competente y, en caso de despido inmotivado, a ser reintegrado en el empleo o, en subsidio, a ser indemnizado adecuadamente"[58].

[56] Sobre el principio de continuidad, ver Gamonal Contreras, Sergio, *Introducción al derecho del trabajo*, Editorial Jurídica Conosur, 1998, pp. 157 y ss.

[57] Parte de la doctrina nacional ha postulado que el principio de continuidad no tiene cabida en nuestro sistema laboral, ver Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, Editorial Jurídica Conosur, 1998, pp. 123 y 124. Dicha interpretación se basa en la amplitud existente en nuestra legislación respecto de la contratación temporal sin causa, lo cual afectaría este principio en su esencia.

Efectivamente resulta excesiva la amplitud existente en nuestro Código respecto de la contratación temporal (sobre esta materia consultar Gamonal Contreras, Sergio, *La flexibilidad laboral*, Cuadernos Jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez, Número 5, Julio 1996, p. 28), no obstante, creemos que el principio de continuidad se encuentra plenamente vigente en nuestro sistema laboral, en sus múltiples manifestaciones. Por ejemplo, respecto de la contratación temporal, nuestro Código recoge algunos preceptos del derecho comparado en el contrato a plazo, en su artículo 160 N° 4, como es el caso de la conversión del contrato de duración determinada en uno de duración indefinida en caso de prolongación (ver Plá Rodríguez, Américo, *Principios de derecho del trabajo*, Depalma, 1978, p. 161 y Ruprecht, Alfredo, *Los principios normativos laborales y su proyección en la legislación*, Zavalía, 1994, pp. 76 y 77) y la asimilación de una sucesión ininterrumpida de contratos determinados a uno indefinido (ver Plá, op. cit., p. 162 y Ruprecht op. cit., pp. 76 y 77). Postulamos, además, en nuestro derecho, la conversión del contrato de aprendizaje y del contrato por obra o servicio determinado, ver Gamonal, op. cit., "Introducción al...", pp. 161 y 162-163, respectivamente.

[58] Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, citada por Escríbar Mandiola, Héctor, "La estabilidad en el empleo", en *Estudios de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* en Homenaje al profesor don Francisco Walker Linares, Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 91.

Plá precisa que la idea de estabilidad parte del supuesto de que el empleador no tiene derecho a despedir sino cuando hay una causa justificada[59].

Las legislaciones en caso de despido arbitrario o incausado contemplan uno o más de los siguientes derechos:

1) El reintegro o reinstalación en el empleo.
2) La vigencia de la relación laboral con el consiguiente derecho del trabajador a su remuneración y prestaciones correspondientes.
3) La indemnización subsidiaria de perjuicios como obligación substitutiva de la reincorporación, en caso de que el empleador se niegue a ésta.
4) Sanciones, siendo la habitual la multa.

Es posible distinguir entre estabilidad absoluta y relativa, pudiendo ser esta última propia e impropia. La estabilidad absoluta significa que el trabajador injustamente despedido es efectivamente reincorporado a sus labores una vez declarado nulo el despido. La estabilidad relativa propia considera nulo el despido injustificado pudiendo el trabajador seguir considerándose empleado de la empresa, percibiendo su salario, incluso si el empleador no lo readmite. Por el contrario, la estabilidad relativa impropia no produce la ineficacia del despido, sino que sanciona al empleador por su incumplimiento contractual[60].

En el derecho europeo, el despido está sujeto a diversas limitaciones: aviso previo al trabajador y, en la mayoría de los países, alegación de una causal justificada, relativa a la capacidad o conducta del trabajador o basada en necesidades de funcionamiento de la empresa. En caso de anularse el despido, en casi todos los países se aplica al empleador una sanción pecuniaria sin la obligación de reintegrar al trabajador despedido[61].

Francisco Walker precisa que aunque existen legislaciones que aparentemente consagran la estabilidad en el empleo, al impedir que el trabajador sea despedido sin una causal, la amplitud de las mismas facilita, en la práctica, el despido[62].

[59] Plá Rodríguez, op. cit., p. 174.

[60] Plá, op. cit., pp. 175 a 184.

[61] Treu, Tiziano, "La flexibilidad laboral en Europa", en Revista Internacional del Trabajo, volumen 112, Número 2, 1993, p. 219.

[62] Walker Errázuriz, Francisco, *Derecho del trabajo y relaciones del trabajo*, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1989, p. 347.

Nuestro Código del Trabajo regula la terminación del contrato en el Título V del Libro I, artículos 159 a 178. Al tenor de estas normas, podemos afirmar que nuestro Código distingue entre despido justificado, injustificado, abusivo e indirecto.

7.1 El despido justificado. El Código del Trabajo contempla diversas formas de terminación del contrato de trabajo, estableciendo que puede finalizar por mutuo acuerdo de las partes; renuncia del trabajador; muerte del mismo; vencimiento del plazo del contrato; conclusión del trabajo o servicio que le dio origen, y caso fortuito o fuerza mayor (art. 159).

Además el contrato puede terminar cuando se configura la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador (art. 161)[63].

Excepcionalmente podrá finalizar por voluntad unilateral del empleador sin expresión de causa, esto es el denominado desahucio, sólo procedente en dos casos:

1) En el contrato de trabajadores de casa particular, y

2) Respecto de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, siempre que estén dotados a lo menos de facultades generales de administración (art. 161 inc. 2).

Por último, el Código contempla la terminación del contrato cuando el trabajador ha incurrido en un incumplimiento grave del mismo, configurando alguna de las siguientes causales de caducidad que la norma enumera:

1.- Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada.

2.- Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

[63] Cabe señalar que la doctrina nacional discute si la "falta de adecuación laboral o técnica del trabajador" es una causal de término distinta que las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio. Por la naturaleza de este libro no expondremos dicha discusión y al hablar de las necesidades de la empresa entenderemos también la falta de adecuación laboral del trabajador.

3.- No concurrencia del trabajador a sus respectivas labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.

4.- Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:

   a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y

   b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.

5.- Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.

6.- El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

7.- Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato (art. 160).

En todos los casos anteriores –artículos 159 a 161 del Código del Trabajo- nos encontramos ante un "despido justificado" entendido como el derecho del empleador para poner término a la relación laboral por alguna de las causales que establece la ley.

Tanto las causales del artículo 159 como las del 160 no dan derecho a indemnización legal alguna, a diferencia de las establecidas en el artículo 161.

En efecto, si el contrato termina por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o por desahucio, y el contrato de trabajo hubiere estado vigente un año o más, el empleador debe pagar una indemnización por años de servicio.

Por otra parte, al invocar las necesidades de la empresa o el desahucio el empleador debe cumplir con un periodo de preaviso, equivalente a treinta días de anticipación, a menos que pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo (arts. 161, 162 y 163).

Para que el despido produzca efectos, el empleador deberá estar al día en el pago de las cotizaciones previsionales del trabajador devengadas hasta el último día del mes anterior al despido (art. 162 inc. quinto)[64].

7.2 El despido injustificado. Cuando el despido es declarado injusto, indebido o improcedente por el tribunal competente, el empleador es obligado al pago de la indemnización del preaviso y a una indemnización equivalente a la por años de servicio ya mencionada, con los aumentos que establece la ley (art. 168). En adelante denominaremos genéricamente a esta situación "despido injustificado".

En estos casos el empleador invoca injustificadamente una causal configurándose un despido injustificado al no existir causal de término de contrato. En estas situaciones, el Código no establece la nulidad del despido pero, como señalaremos, obliga al empleador al pago de una indemnización equivalente a la del preaviso y a la de años de servicio con un reajuste de un 20% para esta última, ya que no tenía derecho a terminar la relación laboral.

En esta situación el legislador parte de la base de que el empleador ha obrado con "error o buena fe" en el despido.

7.3 El despido abusivo.

7.3.1 Concepto. Existen situaciones en las cuales el empleador desea despedir a un trabajador, pero no se ha configurado causal alguna que le permita poner término a la relación de trabajo o, con el objeto de no pagar las indemnizaciones por término de contrato, aplica una causal que lo exonere del referido pago.

Otras veces el empleador no invoca una causal de despido o la causal invocada oculta las verdaderas motivaciones del despido, de naturaleza ilícita, como discriminaciones o persecución sindical.

En estos casos el empleador actuando de mala fe intenta aplicar una causal de despido que no corresponde, o no invoca causal alguna, incurriendo en un despido abusivo o arbitrario.

Abusar significa usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien[65] y la arbitrariedad implica un acto o proceder contrario a la justicia,

[64] Norma agregada por la ley N° 19.631.

[65] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia, primera acepción.

la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho[66], por lo cual opinamos que en las situaciones descritas es más pertinente hablar de "despido abusivo", salvo cuando el empleador no impetra causal alguna, situación que genera un "despido arbitrario". Con todo, en adelante y para una mayor claridad terminológica, al hablar de "despido abusivo" también comprenderemos al "arbitrario".

La concepción del despido abusivo, basada en el abuso del derecho de despedir, ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina francesa, en la cual se postula que por la ruptura abusiva del contrato de trabajo deben indemnizarse los perjuicios materiales y morales del trabajador[67].

Gatumel señala que las circunstancias en las cuales se produce el despido pueden generar un daño distinto del producido por la ruptura de contrato, inclusive cuando el despido se basa en una causa real y seria, caso en el cual el trabajador tendrá derecho a solicitar una indemnización de daños y perjuicios –compatible con las establecidas en sede laboral- cuyo monto será determinado en forma soberana por el juez. Esta indemnización puede ser complementada con una publicación en la prensa si el caso lo amerita[68].

En nuestro continente la noción de despido abusivo ha sido recogida por la doctrina uruguaya.

En el Uruguay, la mayoría de los autores recurren a la noción de "abuso del derecho" para determinar los límites de la facultad patronal de despedir. Oscar Ermida define en forma amplia el despido abusivo como "aquel que se adopta sin

[66] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia.

[67] Camerlynck G.H. y Lyon-Caen G., "*Derecho del trabajo*", Aguilar, 1974, pp. 139 a 146.

Como señala Hepple, en Francia, entre los años 1859 y 1890, se produjo una interesante polémica en orden a asegurar a los trabajadores cierta estabilidad en sus empleos, especialmente los trabajadores de ferrocarriles, no comprendidos en los aranceles de los antiguos gremios. En este período, los tribunales inferiores comenzaron a aplicar la teoría civil del abuso del derecho a ciertos casos de término unilateral del contrato de trabajo, tesis no aceptada por la Corte de Casación. Sin embargo, ya en 1890 (por ley de 27 de diciembre de ese año) se reforma el artículo 1780 del Código Civil y se sientan las bases para demandar por daños en los casos de despido abusivo. En otros países, como Grecia y Suiza, también se aplica el concepto de abuso del derecho ante los despidos abusivos y, en el caso de Japón, es donde más se ha sistematizado el concepto de despido abusivo, por la protección constitucional que garantiza el trabajo y el sistema de empleo de por vida, los cuales han influenciado la existencia de un riguroso criterio jurisprudencial en materia de despido abusivo. Ver Hepple, Bob, "Flexibility and Security of Employment", en *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, 5ª edición revisada, al cuidado de Roger Blanpain y Chris Engels, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, pp. 274 y 275.

[68] Gatumel, Denis, *Le droit du travail en France*, Éditions Francis Lefebvre, 1997, p. 205.

justa causa o motivo justificante (o con un motivo o causa desviado, disfuncional, o antifuncional), o con mala fe o deslealtad"[69].

Por el contrario, en una concepción más restringida, se postula que para que se configure un despido abusivo no es suficiente que se carezca de causa o de justa causa en el despido, sino que es necesario que el empleador cometa un hecho ilícito o incumplimiento contractual distinto del deber de conservar el empleo del trabajador[70].

En la jurisprudencia norteamericana, sin recoger la concepción del "abuso del derecho", se ha elaborado la noción de "wrongful dismissal", admitiendo que el empleador incurra en falta y sea condenado a pagar daños y perjuicios cuando el despido afecta a algún principio de orden público, como por ejemplo haber denunciado al empleador por un acto ilícito[71].

Aunque en el derecho norteamericano la relación de trabajo puede extinguirse por voluntad de cualquiera de las partes, salvo que haya una estipulación contractual en contrario, se ha limitado la aplicación de esta liberalidad ante despidos por causa de raza, religión, sexo, origen nacional, edad o actividad sindical, y el trabajador puede sostener que el despido es injusto no sólo por ser contrario al orden público, sino también por vulnerar un contrato de trabajo tácito que se remita a unas reglas generales, una forma de actuación o similar, y los despidos que incumplen un pacto implícito de buena fe y comportamiento leal[72].

Por ejemplo, en el caso Pugh v. Sec's Candies, un Tribunal de Apelación encontró que un empresario había efectuado una promesa implícita de no despedir a un trabajador, basando su existencia en la duración del trabajo del empleado, sus promociones y funciones, los seguros que recibió del empresario y la conocida política de personal del mismo. Asimismo, en el asunto Cleary v. American Airlines, un Tribunal de Apelación entendió que un trabajador estaba protegido por la existencia de un pacto tácito de buena fe y comportamiento leal, fundado en lo prolongado de sus servicios, y en que el empleador no había seguido los procedimientos dispuestos a fin de resolver los conflictos laborales[73].

[69] Ermida Uriarte, Oscar, "El concepto de despido abusivo", en Derecho Laboral, Tomo XXVII, N° 135, julio-septiembre de 1984, pp. 509 y 521.

[70] Mangarelli, Cristina y Rosenbaum Rimolo, Jorge, "El despido abusivo en el derecho uruguayo", en Derecho Laboral, Tomo XXXI, N° 151, julio-septiembre de 1988, p. 529.

[71] Bronstein, Arturo, "La protección contra el despido arbitrario en derecho comparado del trabajo", en *Derecho del trabajo: Normas y Realidad*, Universidad Nacional Andrés Bello, 1993, p. 121.

[72] Gould IV, William B., *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 169 y 170.

7.3.2. El despido injustificado que deriva en un despido abusivo. En nuestro país, el Código del Trabajo de 1987 contemplaba una forma de "despido arbitrario" que definía como "aquel que el tribunal estime que careció de motivo plausible respecto de la aplicación de la causal invocada o cuando se retardare sin justo motivo el pago de lo debido", norma que no perdura en el actual Código de 1994.

No obstante, postulamos que un despido aparentemente injustificado puede derivar en un despido abusivo si el empleador, utilizando de mala fe una causal, despide a un trabajador por motivos particularmente antijurídicos, como por ejemplo, por las opiniones políticas o religiosas del empleado, por motivos sindicales, por maternidad o por acoso sexual.

Del mismo modo, opinamos que si el empleador "no invoca causal alguna" se configura siempre un despido abusivo.

En estas situaciones, no expresamente contempladas en nuestro Código –salvo la no invocación de causal-, procede una indemnización complementaria por los daños morales que puedan afectar al trabajador, sin perjuicio del pago de las indemnizaciones laborales por despido injustificado.

Existen diversas normas que nos permiten fundamentar la procedencia, en nuestro ordenamiento, de dicha indemnización complementaria. En primer lugar, nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N°s. 2° y 16° inciso tercero consagra la igualdad ante la ley y la no discriminación en materia laboral; en el numeral 6° establece la libertad de conciencia, y en el 12 ° la libertad de opinión.

En segundo lugar, diversos tratados ratificados por nuestro país refuerzan los derechos humanos citados, esto es la igualdad de trato y la no discriminación[74]; la

[73] Ambos casos citados por Gould IV, op. cit., p. 170.

[74] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26. La Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto San José de Costa Rica", artículo 24. El Convenio 111 de la OIT, de 1958, artículo 2 y artículo 1 párrafo 1 *a)*. Finalmente, artículo 8 del Convenio 156 de la OIT, de 1981.

libertad de opinión[75]; la libertad de conciencia[76]; la protección de la maternidad[77], y el derecho de sindicación[78].

Finalmente, el propio Código del Trabajo establece el principio de no discriminación y reconoce la "función social del trabajo" en su artículo 2°, al disponer que "son contrarias a las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social".

Del mismo modo, el artículo 215 establece que el empleador no podrá "despedir" a un trabajador por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales; y los artículos 289 y 292 sancionan con multa las prácticas antisindicales o desleales, entre las cuales figura la amenaza de despido o el mismo despido a fin de atentar contra la libertad sindical.

7.3.3. El despido abusivo expresamente reconocido en el Código del Trabajo. Existen situaciones en las cuales el legislador reconoce expresamente la posibilidad de que ciertas causales de especial gravedad, imputadas sin motivo plausible, permitan al juez elevar considerablemente la indemnización laboral correspondiente (art. 168 inc. 3). Ante esta última situación y aunque no ha sido la denominación ocupada por nuestra doctrina, creemos que se ha reconocido legislativamente la existencia de la figura del "despido abusivo".

En efecto, si el empleador hubiere invocado las causales de los números 1, 5 ó 6 del artículo 160 y el despido fuere declarado carente de motivo plausible, la indemnización por años de servicio podrá ser aumentada hasta en un 50% (art. 168 inc. 3).

Cabe hacer presente que el señalado reconocimiento legislativo del despido abusivo no cubre todas las posibilidades del mismo, como lo hemos hecho ver respecto del despido aparentemente injustificado.

[75] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19 párrafo 1. Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto San José de Costa Rica", artículo 13 párrafo 1.

[76] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 18 párrafo 1. Por otra parte, Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto San José de Costa Rica", artículo 13.

[77] Los Convenios 3, de 1919, y 103, de 1952, ambos de la OIT, se refieren a la protección de la maternidad, en sus artículos 4 y 6, respectivamente.

[78] Convenio 98, de 1948, de la OIT, artículo 1 párrafos 1 y 2.

En cuanto al fundamento del despido abusivo, por parte de nuestra legislación, más que la sanción a un "abuso del derecho" (limitada por nuestra doctrina y jurisprudencia al ámbito extracontractual[79]) creemos que obedece a una aplicación en el ámbito laboral del principio general de la buena fe objetiva, consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, que establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe, lo que significa que las partes contratantes deben comportarse correcta y lealmente en sus obligaciones.

Para Jorge López la buena fe subjetiva se aprecia *in concreto* mediante la averiguación de la convicción íntima y personal del sujeto contratante, a diferencia de la objetiva que se aprecia *in abstracto*, prescindiendo el juez de las persuasiones, creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, para puntualizar "la conducta socialmente exigible a las partes, exclusivamente en base a la equidad, a los usos, y, en general, como habría dicho Savigny, al espíritu del pueblo o al modelo del hombre razonable"[80].

La buena fe es aplicable en materia contractual en las tratativas preliminares, en la celebración del contrato, en su cumplimiento, en la terminación del mismo y en las relaciones postcontractuales.

En la terminación de los contratos de tracto sucesivo (como el laboral), López expresa que la parte que decida finalizar la relación contractual "aunque se apoye en una cláusula que la habilite para hacerlo, debe actuar de buena fe, sin abusar de su derecho a la terminación unilateral del contrato"[81].

Por otro lado, el principio general de buena fe en materia laboral tiene una especial importancia por el componente personal del derecho del trabajo, que no sólo regula relaciones patrimoniales sino también personales, en una relación contractual estable y continuada que crea confianza recíproca entre las partes. Por ello, repugna al legislador un despido abusivo y se faculta al juez para aumentar la indemnización por años de servicio hasta en un 50%. Como veremos en su opor-

[79] En efecto, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia nacional el abuso del derecho es una especie de acto ilícito, al cual corresponde aplicar las reglas generales de la responsabilidad delictual civil. Consultar al respecto, López Santa María, Jorge, *Los contratos*. Parte general, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 303 a 305 y Pacheco, Máximo, *Teoría del derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 1988, pp. 147 a 149.

Para una crítica de la noción de abuso del derecho para fundamentar el despido abusivo, en la doctrina francesa, consultar Javillier, Jean-Claude, *Derecho del trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1982, p. 306.

[80] López Santa María, op. cit., Tomo II, pp. 395 y 396.

[81] López Santa María, op. cit., Tomo II, p. 405.

tunidad, esta indemnización no comprende los eventuales daños morales del despido abusivo.

7.4 El despido indirecto. Si fuere el empleador el que incurriere en determinadas causales de caducidad[82], el trabajador podrá poner término al contrato y solicitar al juzgado respectivo el pago de las indemnizaciones mencionadas más los aumentos que establece la ley (art. 171 del Código del Trabajo). Esta situación ha sido denominada por la doctrina "despido indirecto" y es definida como el "término del contrato de trabajo decidido por el trabajador y de acuerdo al procedimiento que la ley le franquea, motivado porque el empleador incurrió en causal de caducidad de contrato que le sea imputable, lo cual da derecho al trabajador al pago de la correspondiente indemnización por años de servicios"[83].

Al tenor de lo expuesto en los párrafos y subpárrafos anteriores, concluimos que en nuestro sistema laboral el legislador ha consagrado un régimen de estabilidad relativa impropia (con excepción de los trabajadores cuyos contratos pueden finalizar por desahucio), al existir causales legales para terminar el contrato y establecerse una indemnización por años de servicio cuando se invocan las necesidades de la empresa, cuyo monto puede verse incrementado (20%) si la aplicación de la causal ha sido improcedente.

En nuestro ordenamiento no es posible ordenar el reintegro del trabajador despedido, salvo en el caso de los trabajadores con fuero[84].

En la práctica, el sistema opera como libre despido por la amplitud de la causal; la lentitud de los procesos, y por la norma del artículo 169 letra a) que presume, respecto del trabajador que reciba total o parcialmente el pago de las indemnizaciones correspondientes o inste por su pago, que éste acepta la aplicación de la causal de despido. Cabe agregar que en nuestra opinión este artículo es inconstitucional, por afectar en su esencia el derecho de propiedad del trabajador despedido.

[82] Se trata de las causales de caducidad del artículo 160 N°s. 1, 5 y 7 del Código del Trabajo.

[83] Thayer y Novoa, op. cit., p. 439.

[84] El fuero o inamovilidad laboral beneficia en nuestro país a las trabajadoras embarazadas hasta un año de finalizado su postnatal, a los directores sindicales, a los candidatos a directores y ex directores, a los delegados de personal y sindicales, a los trabajadores que negocian colectivamente, a un miembro del Comité Paritario de Higiene y Seguridad, a los miembros de las Comisiones Negociadoras cuando negocia una coalición de trabajadores unidos para tal efecto, a los directores de una federación y confederación y a los directores de las centrales sindicales (artículos 201, 243, 238, 229, 302, 309, 243 y 310, 274 y 283 respectivamente).

Además, la legislación contempla el despido injustificado y la figura del despido indirecto cuando es el empleador quien incurre en ciertas causales de caducidad.

Finalmente, estimamos que en determinadas situaciones un despido injustificado puede derivar en un "despido abusivo" y que, además, el legislador expresamente reconoce el despido abusivo en casos calificados.

8. Indemnizaciones por término de contrato de trabajo.

8.1 Definiciones.

Las indemnizaciones por término de contrato pueden ser legales o contractuales. Éstas, a su vez, pueden pactarse en un contrato individual o en un instrumento colectivo, y su monto debe ser superior al mínimo establecido en la ley (art. 163 inc. 1).

Las indemnizaciones legales por término del contrato son las siguientes:

1) *Indemnización sustitutiva del aviso previo*: Como ya expresamos, si el empleador pone término al contrato por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o por desahucio, debe dar un aviso previo de treinta días al trabajador, salvo que le cancele una indemnización sustitutiva de dicho aviso previo, denominada indemnización del preaviso, de un monto equivalente a la última remuneración mensual devengada (arts. 161 y 162 inc. 4).

   Dejaremos de lado esta indemnización ya que no nos interesa para efectos de nuestro estudio.

2) *Indemnización por años de servicio*: Terminada la relación laboral por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o por desahucio, y siempre que el contrato de trabajo hubiere estado vigente un año o más, el empleador debe pagar una indemnización por años de servicio en beneficio del trabajador, cuyo monto mínimo debe ser equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada, por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente en la empresa.

   Este mínimo legal tiene dos límites: 1) un total de trescientos treinta días de remuneración (equivalentes a 11 años), y 2) el monto de la remuneración a considerar no puede ser superior a 90 unidades de fomento del último día del mes anterior al pago (arts. 161 y 172, respectivamente).

Las partes pueden convenir una indemnización por años de servicio por pacto individual o colectivo, siempre que sea de monto superior al mínimo establecido en la ley.

Además, el Código establece una indemnización por años de servicio especial y a todo evento, para los trabajadores de casa particular[85]. La naturaleza de esta indemnización es similar a la indemnización sustitutiva a todo evento que explicaremos a continuación.

3) *Indemnización sustitutiva a todo evento*: Las partes pueden a contar del séptimo año de relación laboral sustituir la indemnización por años de servicio por una indemnización a todo evento, pagadera por la terminación del contrato de trabajo, cualquiera sea la causa que la origine (art. 164).

   Esta indemnización comprende el lapso que va desde el séptimo año de servicio hasta el término del undécimo año de relación laboral, debe pactarse por escrito y se conforma por un aporte del empleador no inferior a un 4,11 % de las remuneraciones mensuales de naturaleza imponible, que devengue el trabajador a partir de la fecha del acuerdo. El señalado porcentaje se aplicará hasta una remuneración máxima de 90 unidades de fomento, será depositado en una cuenta de ahorro especial y sólo podrán ser girados los fondos una vez que el trabajador acredite que ha dejado de prestar servicios en la empresa, cualquiera sea la causa de la terminación del contrato (arts. 164 y 165).

   Este sistema mantiene la vigencia de la indemnización por años de servicio respecto de los primeros seis años de relación laboral, es aplicable sólo desde el séptimo año y la ley permite que pueda incluso pactarse con posterioridad, siempre que el periodo anterior comprendido sea desde el séptimo año (art. 167).

4) *Indemnización por despido injustificado*: Si el juez competente estimare que el despido ha sido injustificado, indebido, improcedente o que no se ha invocado causal legal, lo declarará así y ordenará el pago de las indemnizaciones del preaviso y por años de servicio, aumentada esta última en un veinte por ciento (art. 168).

[85] El artículo 163 inciso cuarto se refiere a esta indemnización especial, estableciendo que se financiará con un aporte del empleador de, a lo menos, un 4,11% de la remuneración mensual imponible, por un lapso de once años. Los fondos serán depositados en una cuenta de ahorro especial en la AFP del trabajador, el cual los podrá retirar cualquiera sea la causa de terminación del contrato (artículos 165 y 166).

5) *Indemnización por despido abusivo*: Si el empleador hubiere invocado las siguientes causales de caducidad del artículo 160: *1.- Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada; 5.- Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos, y 6.- El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías*; y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización por años de servicio podrá ser aumentada hasta en un 50 % (art. 168 inc. 3).

6) *Indemnización por despido indirecto*: Si fuere el empleador el que incurriere en las siguientes causales de caducidad del artículo 160: *1.- Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada; 5.- Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos, y 7.- Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato*; el trabajador podrá poner término al contrato y solicitar al juzgado respectivo el pago de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicio, con los siguientes aumentos para esta última (art. 171 inc. 1):

   a) Un 20 % de incremento si se tratare de la causal del N° 7 del artículo 160.

   b) Hasta un 50 % de aumento si se tratare de las causales de los números 1 y 5 del artículo 160.

8.2 Naturaleza jurídica.

Analizaremos la naturaleza de las indemnizaciones por años de servicio, sustitutiva a todo evento, por despido injustificado, por despido abusivo y por despido indirecto.

1) *Indemnización por años de servicio*: Los sistemas de indemnización por término de la relación laboral pueden clasificarse, según sus montos, en fijos y variables. Los primeros consisten en el pago de una suma determinada, la cual puede ser absolutamente fija o puede tener cierta variación según determinados parámetros, como la antigüedad[86].

[86] Ruprecht, Alfredo, "Indemnización por Despido", en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, tomo XV, p. 473.

Las indemnizaciones variables existen en aquellas legislaciones en que la disolución unilateral del contrato da lugar a la acción de daños y perjuicios.

El Código del Trabajo, siguiendo la tendencia del derecho comparado, establece una indemnización de monto fijo, variable en base a los años de servicio.

Esta indemnización por años de servicio, en sus orígenes, buscaba premiar al trabajador despedido en reconocimiento de la duración de la relación laboral casi a título de mera liberalidad, a fin de reparar el daño por el despido y como recompensa por la obra realizada[87].

Ruprecht señala que su naturaleza jurídica es muy discutible, ya que no se trata de una indemnización en el sentido técnico de la palabra, como pago para resarcir daños y perjuicios causados por la infracción de un deber jurídico[88].

Siguiendo a este autor, es posible afirmar que las principales teorías sobre la naturaleza de esta indemnización son las siguientes[89]:

a) *Salario diferido*: La retribución no le es abonada en su totalidad al trabajador, en cada período mensual, quedando cierta parte para ser entregada una vez terminado el contrato de trabajo[90].

   Se la critica señalando que si la indemnización por años de servicio fuera un salario diferido, siempre debiera proceder al terminarse el contrato, lo cual no es así.

b) *Premio a la fidelidad*: Los trabajadores que se han desempeñado por algún tiempo en al empresa, dedicándole sus afanes y esfuerzos, tienen derecho a una recompensa similar a los aguinaldos.

   En contraposición a esta tesis se indica que ella sólo es viable en aquellas legislaciones que otorgan la indemnización a trabajadores con una antigüedad notable, y no en aquellas en las cuales el plazo requerido para su goce es breve, por ejemplo un año.

c) *Mayor valor de la empresa*: Al trabajador se le debe una parte del incremento de la empresa, el sueldo corresponde a lo que la empresa gana cada año y la indemnización a lo que se valoriza el establecimiento.

   Se la critica, ya que cuando la empresa tiene pérdidas igual el trabajador tiene derecho a la indemnización, incluso en caso de quiebra. Además, el monto de la indemnización no considera la valorización de la empresa.

   De aceptarse esta tesis, la indemnización debiera abonarse también en caso de retiro voluntario y de muerte.

d) *Daño a la antigüedad*: Al dejar el trabajador su empleo pierde todos los beneficios que los años de servicio le depararon, por lo cual debe ser compensado por ello.

   Se enjuicia esta teoría, porque de ser efectiva debiera también cancelarse la indemnización en casos de renuncia del trabajador.

e) *Resarcimiento del daño*: Se resarce el daño sufrido por el trabajador como consecuencia del despido.

   Esta tesis es bastante exacta en las legislaciones en que se calculan los perjuicios sufridos por el trabajador de acuerdo a la realidad.

   Sin embargo, en aquellos sistemas con indemnización tarifada o forfaitaire según antigüedad del trabajador, no es aplicable esta teoría ya que el monto de la indemnización no considera el perjuicio sufrido por el laborador despedido. Además, hay sistemas en los cuales estas indemnizaciones se pagan inclusive cuando el despido sea lícito y no se haya violado deber alguno por el empresario.

   Por otra parte, si el trabajador encuentra de inmediato trabajo no existe daño y no procedería la indemnización.

f) *Pena impuesta al empleador*: La disolución arbitraria del contrato de trabajo es un acto ilícito prohibido por la ley, estableciéndose como pena para el empleador que despide arbitrariamente el pago de la indemnización.

   Como crítica, se ha observado que no procede hablar de pena, que ésta es aplicable cuando existe una intención dolosa, lo que no ocurre en el despido.

[87] Piccinini Iolanda, "*Equitá e diritto del lavoro*", CEDAM, 1997, pp. 210 y 211.

[88] Ruprecht, Alfredo, "Contrato de Trabajo", en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, tomo IV, p. 476.

[89] Ruprecht, op. cit., "Indemnización...", pp. 474 a 478 y op. cit., "Contrato...", pp. 476 a 480.

[90] La doctrina italiana se encuadra en esta tesis debido a la particularidad de la indemnización por término de contrato que establece la legislación de dicho país. En efecto, la indemnización se calcula en base a la suma de cuotas anuales de la retribución respectiva de cada año, calculada de la siguiente forma: se suman las remuneraciones del año y se dividen por 13,5. Luego, la cantidad resultante se reajusta, a fin de que mantenga su valor adquisitivo. Sobre esta materia, consultar Ghera, Edoardo, *Diritto del lavoro*, Cacucci, pp. 286 y 287; Ghezzi, Giorgio y Romagnoli, Umberto, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, 1987, pp. 238 y 239; Santoro Passarelli, Giusseppe, *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Il lavoro privato e pubblico, Collana di diritto privato diretta da Pietro Rescigno, Vicenza, IPSOA, 1998, pp. 734 y 735, y Scognamiglio, Renato, *Diritto del lavoro*, Jovene, p. 313.

Por otra parte, esta tesis solamente explicaría la naturaleza de la indemnización cuando ésta es cancelada por término injustificado del contrato, pero no cuando ella procede por despido justificado.

g) *Previsión y asistencia social*: La indemnización por antigüedad sería una forma de previsión y asistencia social. Se ha dicho que es una suerte de seguro contra la desocupación.

Krotoschin explica que la indemnización por antigüedad o despido, es una prestación asistencial destinada a compensar al trabajador por el desgaste sufrido en su trabajo, a través de los años, así como a procurarle un amparo inmediato por la pérdida de su fuente laboral[91].

Una postura contraria a esta tesis, se fundamenta en que si la finalidad de la indemnización fuera de carácter asistencial debiera ser abonada siempre y no únicamente en los casos de despido injustificado.

h) *Integración del preaviso*: Deveali ha sostenido que las leyes laborales iniciales se limitaron a establecer el preaviso antes del término del contrato de trabajo. Considerando, posteriormente, que el despido era mucho más perjudicial para el trabajador que para el patrono, se dispuso un preaviso más largo cuando el que disolvía el vínculo era el empleador. Sin embargo, la observancia de este plazo más duradero causaba trastornos en la empresa, por lo cual se prefirió reemplazar parte del mismo por una indemnización.

De esta forma, la indemnización de despido es un "apéndice de la obligación de preavisar", una suerte de plazo extra en el cual se percibe un sueldo sin tener que trabajar.

Se critica esta tesis ya que ambas situaciones tienen una naturaleza distinta, el preaviso busca que el trabajador encuentre un nuevo empleo y la indemnización por años de servicio cubre otros perjuicios.

i) *Responsabilidad sin culpa*: Se ha sostenido que, así como el riesgo de accidente genera responsabilidad patronal inclusive sin culpa, el riesgo de la cesantía produce también responsabilidad sin culpa para el empleador.

[91] Krotoschin, Ernesto, *Manual de derecho del trabajo*, Depalma, 1993, pp. 168 y 169. En esta línea de opinión se encuentran los italianos Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P. y Treu T., en su libro "*Diritto del lavoro*" 2 Il rapporto di lavoro subordinato, UTET, 1997, p. 441.

Se trataría de la aplicación de la teoría del riesgo de empresa, al considerar a empleadores y trabajadores como miembros de una comunidad de intereses, en la cual cada uno obtiene ventajas y debe soportar riesgos. En este contexto los riesgos se dividen en tres categorías: los casos que recaen en los trabajadores como consecuencia de una actitud personal de los mismos; los casos que son asumidos entre el empleador y el trabajador, y los casos que son responsabilidad del empleador como consecuencia de una determinada actitud o derivados de los riesgos normales e inherentes a la explotación de la empresa, entre los cuales se encontraría la indemnización por años de servicio[92].

j) *Teorías eclécticas*: Para algunos la indemnización por antigüedad es una combinación de previsión social y salario diferido.

Otros sostienen que se trata tanto de la reparación de daños, como de previsión social y salario diferido. Se postula también que es una institución de naturaleza compleja, que combina una sanción al empresario y la necesaria protección económica al trabajador.

Finalmente, se indica que se trata de una naturaleza mixta que contempla un premio por la antigüedad y una forma de previsión.

La cantidad de teorías expuestas obedece a una dificultad objetiva que se presenta en el análisis de esta materia, a saber, las diversas particularidades con que las legislaciones consagran esta institución.

Por ello, opinamos que la determinación de la naturaleza de la indemnización por años de servicio, existente en nuestro país, debe analizarse a la luz de la legislación positiva ya citada en los párrafos anteriores, considerando, además, la evolución histórica de la misma, que reseñamos a continuación.

El Código de 1931 en materia de terminación de contrato refundía las leyes N°s. 4.053 y 4.059 de 1924, las cuales disponían que los contratos de trabajo de los obreros podían terminar por libre desahucio con la única obligación de otorgar un plazo de preaviso de 6 días de anticipación. Respecto de los empleados particulares, existía el desahucio con un preaviso de un mes de anticipación, más una indemnización a cargo del empleador equivalente a tantos sueldos mensuales como fueren los años completos de servicio, cuando el empleador por acto voluntario ponía fin al contrato[93].

[92] Mascaro Nascimento, Amauri, *Iniciação ao direito do trabalho*, Editora LTr, 1997, p. 450.

[93] Thayer y Novoa, op. cit., pp. 417 y 418.

A partir de la ley N° 6.020, de 1937, se reemplazó la responsabilidad directa del empleador en la indemnización por años de servicio, estableciéndose una cotización en la Caja de Previsión de Empleados Particulares, equivalente a un 8,33 % de las remuneraciones mensuales del empleado, el cual podía retirar los fondos una vez terminado el contrato de trabajo, cualquiera fuere su causa. Thayer y Novoa señalan que se trataba de una suerte de salario diferido[94].

Posteriormente, por la ley N° 10.475 de 1952, sobre seguros de pensiones para los empleados particulares, se derogó el régimen indemnizatorio de estos trabajadores, consultándose la referida cotización (del 8,33 %) como una de las fuentes de financiamiento de las pensiones[95].

Luego, en 1966 se dictó la ley N° 16.455[96], que dispuso un régimen común de terminación de contrato de trabajo para obreros y empleados particulares.

Esta ley establecía que el empleador sólo podría poner término al contrato en virtud de una causa justificada. Su artículo 2° las enumeraba, considerando la conclusión del trabajo o servicio; la expiración del plazo; el caso fortuito o fuerza mayor; diversas causales de caducidad muy similares a las actualmente contempladas en el artículo 160; la falta o pérdida de la aptitud profesional del trabajador especializado; que el trabajador reúna los requisitos para jubilar por invalidez, y las que sean determinadas por las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Tanto en las causales de expiración del plazo como en las necesidades de funcionamiento de la empresa, el empleador debía dar un aviso al trabajador con treinta días de anticipación.

Si se determinaba judicialmente que el despido era injustificado, se ordenaba la inmediata reincorporación del trabajador a sus labores habituales, con derecho al pago de las remuneraciones correspondientes por el periodo en el cual no cumplió funciones. Si el empleador se negaba a readmitir al trabajador dentro del plazo de dos días hábiles, el juez fijaba una indemnización que no podía ser inferior a un mes por años de servicio continuos o discontinuos prestados a la misma empresa, y fracción no superior a seis meses.

[94] Thayer y Novoa, op. cit., p. 418.

[95] Thayer y Novoa, op. cit., p. 419.

[96] Para ver el contenido detallado de esta ley, consultar Thayer y Novoa, op. cit., pp. 419 y ss.

Luego, el decreto ley N° 2.200, de 1978, realizó diversas reformas en materia de término de contrato. Esta preceptiva estableció el desahucio del empleador como causal general para poner término al contrato; se dispuso una indemnización de un mes de remuneración por año de servicio en los casos de desahucio, y se suprimió el derecho de reincorporación del trabajador injustamente despedido. Además, para calcular el monto de la indemnización por años de servicio, sólo se consideraban las labores realizadas en forma continua para el empleador[97].

Posteriormente, la ley N° 18.018, de 1981, permitió pactar indemnizaciones inferiores al mínimo establecido legalmente, y, más adelante, en la ley N° 18.372, de 1984, se limitó la indemnización por antigüedad a un máximo de ciento cincuenta días de remuneración, restableciéndose la indemnización por años de servicio con carácter de beneficio mínimo legal, por los abusos que había generado en la práctica la norma contenida en la ley N° 18.018 [98].

El Código de 1987 –que refundió el decreto ley N° 2.200 y las leyes N°s. 18.018 y 18.372, entre otras normas- en sus artículos 155 a 165 establecía, como causales de terminación del contrato de trabajo, el mutuo acuerdo de las partes; el vencimiento del plazo convenido; la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato; la muerte del trabajador; el caso fortuito o fuerza mayor; el desahucio escrito de una de las partes, y diversas causales de caducidad.

El desahucio debía comunicarse a la contraparte con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requería dicha anticipación si el empleador pagaba al trabajador una indemnización correspondiente a la última remuneración mensual devengada. Además, si el contrato hubiere estado vigente un año o más el empleador debía cancelar al trabajador desahuciado la indemnización que se hubiere convenido individual o colectivamente, o, en su defecto, una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente al empleador, con un límite máximo de ciento cincuenta días de remuneración (5 meses). Por común acuerdo de las partes, podía pagarse anticipadamente la indemnización por término de contrato.

Walker Errázuriz respecto del sistema indemnizatorio contemplado en el Código de 1987 -hoy derogado- señalaba que la indemnización por años de servicio era de naturaleza laboral y no previsional, y que con ella se pretendía que el

[97] Ulloa Rosas, Luis, *Régimen de terminación del contrato de trabajo*, Universidad de Concepción, Fondo de Publicaciones, 1993, pp. 39 a 41.

[98] Ulloa, op. cit., p. 41.

empleador compensara el perjuicio que producía al trabajador el despido, con la cesantía subsiguiente[99].

Macchiavello indicaba que la indemnización establecida en la ley N° 16.455 era por despido injustificado, a diferencia de la contemplada en el decreto ley N° 2.200 (que posteriormente sería la del Código de 1987), cuya causa obedecía al término del contrato por decisión unilateral del empleador.

En la primera, el empleador no podía despedir al trabajador sino por causa justificada ya que éste tenía derecho a permanecer en su trabajo mientras tuviera buen comportamiento, cumpliera su contrato y no existieran necesidades objetivas para suprimir su puesto o substituirlo. Se indemnizaba el daño o perjuicio que significaba la pérdida de la fuente de trabajo, por despido injustificado[100].

Para este autor la indemnización por años de servicio contenida en el decreto ley N° 2.200, implicaba un pago consagrado por ley a fin de auxiliar al trabajador en un momento delicado de su vida, en el que quedaba sin su fuente de sustento. Concluía, finalmente, que la indemnización por desahucio del empleador era por los años servidos, por la terminación del contrato y, en el fondo, por una finalidad retributiva y previsional[101].

El actual régimen indemnizatorio por años de servicio del Código de 1994, que reproduce lo establecido en la ley N° 19.010, es de naturaleza jurídica compleja.

Opinamos que participa de la idea de "premio a la fidelidad" para aquellos trabajadores que han laborado por cierto tiempo en la empresa, dedicando sus esfuerzos y energías al desarrollo de la misma, en consideración a que la indemnización procede para los trabajadores que tienen una antigüedad mínima de un año, y que la tarifa legal se calcula en relación a los años de servicio.

Asimismo, creemos que esta indemnización responde también a una finalidad de "previsión y asistencia social", como una especie de seguro de cesantía. Confirma lo anterior lo señalado en el mensaje del proyecto de ley que consagró las normas actuales, en el sentido de que la indemnización por años de servicio "constituye en el hecho, en nuestra actual situación económica y social, la principal fuente de subsistencia económica durante el período de cesantía"[102].

[99] Walker Errázuriz, op. cit., p. 351.

[100] Macchiavello Contreras, Guido, *Derecho del trabajo*, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 511.

[101] Macchiavello, op. cit., p. 512.

[102] Citado por Ulloa, op. cit., p. 113.

Por otra parte, la existencia de esta indemnización por aplicación de las causales de necesidades de la empresa y de desahucio (éste de carácter excepcional para ciertos trabajadores), diferencia este sistema de término de contrato de un sistema de libre despido, configurando una estabilidad relativa impropia (que no es lo mismo que inamovilidad), ya que para el empleador despedir a un trabajador puede implicar un costo económico que, en algunos casos, no es menor. Desde esta perspectiva la indemnización obedecería a una finalidad de "promoción de la estabilidad en el empleo", sin perjuicio de que la amplitud de la causal de necesidades de la empresa (de uso común en la práctica) permita bastante flexibilidad en materia de despido.

Para los efectos de nuestro estudio sobre el daño moral, debemos destacar que resulta claro que esta indemnización no resarce el daño producido al trabajador por el despido, ya que el legislador regula esta indemnización en forma tarifada o forfaitaire, en atención a la antigüedad del trabajador, lo cual no se relaciona con los eventuales daños que éste pueda sufrir por el término del contrato.

Por ejemplo, un trabajador que renuncia a un buen trabajo porque encontró otro mejor y en la nueva ocupación es despedido luego de seis meses, quedando largo tiempo cesante, no tiene derecho a indemnización por años de servicio y el daño que se le ha producido es mucho mayor que el que pueda afectar, por ejemplo, a un trabajador que es despedido y se le abonan varios meses de remuneración por su antigüedad y, posteriormente, en un lapso breve encuentra un mejor empleo.

2) *Indemnización sustitutiva a todo evento*: La indemnización sustitutiva a todo evento tiene una clara naturaleza de salario diferido, básicamente porque su pago corresponde cualquiera sea la causal de término y porque su monto es abonado mensualmente por el empleador, lo que implica que parte de la remuneración queda reservada para ser entregada una vez finalizado el contrato.

Cabe señalar la similitud de esta indemnización con el sistema establecido en nuestro país por la ley N° 6.020 de 1937, donde se estatuía una cotización por parte del empleador a la Caja de Previsión de Empleados Particulares, equivalente a un 8.33% de las remuneraciones, pudiendo los empleados retirar dichos fondos una vez finalizado el contrato, por cualquier causa.

Similar naturaleza tenía la opción de pagar anticipadamente la indemnización, en el Código de 1987[103], posibilidad no contemplada en la actual normativa.

[103] Thayer y Novoa, op. cit., p. 456.

3) *Indemnizaciones por despido injustificado y por despido abusivo*: En nuestro país, el Código de 1987 estatuía que si el despido era declarado injustificado o indebido, por el tribunal competente, se entendía que el contrato había terminado por desahucio, con el correspondiente pago, por parte del empleador, de las indemnizaciones del preaviso y de años de servicio (art. 162).

Macchiavello señalaba que, en este caso, el empleador incurría en un error de buena fe al aplicar la causal[104], lo que no lo exoneraba de pagar las indemnizaciones correspondientes al desahucio.

Por otra parte, el mencionado cuerpo legal establecía una multa a beneficio fiscal equivalente al 20% de la indemnización, debidamente reajustada y con los intereses respectivos, en caso de que por sentencia se declarare que el despido fue arbitrario, "entendiéndose por tal aquel que el tribunal estime que careció de motivo plausible respecto de la aplicación de la causal invocada o cuando se retarde sin justo motivo el pago de lo debido" (art. 164).

Se trataba en este caso de un despido sin error, en que el empleador, "sin ninguna razón, aplicó una causal para terminar el contrato, que no tiene fundamento en la realidad"[105].

Además, el Código establecía una "indemnización especial" para el caso de "invocación maliciosa" de ciertas causales de particular gravedad[106] por parte del empleador, a fin de cubrir los perjuicios que ello causare al trabajador (art. 162). Su monto era regulado incidentalmente por el juez, siendo compatible con las indemnizaciones del preaviso y de años de servicio.

Fundamentando esta indemnización por invocación maliciosa, Macchiavello expresaba que si bien el despido arbitrario implicaba el uso abusivo de las causales de terminación, al trabajador no le era indiferente la causal invocada por el empleador, ya que, por ejemplo, es muy distinto despedir arbitrariamente por caso fortuito o fuerza mayor que por falta de probidad, porque ésta implica una grave irresponsabilidad del trabajador, lo cual justificaba una indemnización mayor[107].

[104] Macchiavello, op. cit., p. 530.

[105] Ibídem.

[106] Eran las causales de falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada contemplada en el artículo 156 N° 1, y por la comisión de una serie de actos delictivos detalladamente enumerados en el artículo 157.

[107] Macchiavello, op. cit., p. 532.

Thayer y Novoa explicaban que esta "indemnización adicional de perjuicios, en caso de despido malicioso debía comprender, entre otras, el daño moral causado al trabajador, tal como señaló en declaraciones a la prensa el Sr. Ministro del Trabajo de la época en que se aprobó la ley N° 18.018, que introdujo el precepto en nuestra legislación. No es lo mismo, por cierto, ser despedido injustificadamente por incumplimiento de contrato o alguna causal objetiva, que ser separado por falta de probidad con imputaciones discordantes de la realidad que afectan la honra y dignidad del trabajador"[108].

Por "maliciosamente" la jurisprudencia entendió "que se proceda con dolo a invocar una causal inexistente para despedir al trabajador, lo que hace procedente la indemnización de perjuicios"[109].

Aplicando estas normas –provenientes de la ley N° 18.018- nos encontramos con las sentencias más antiguas que conocemos en nuestro país, en materia de condena a indemnizar el daño moral por término del contrato de trabajo. En efecto, el 1 de marzo de 1983 la Corte de Apelaciones de Arica, en la causa Becerra con Interfrigo Ltda., expresó que a juicio de esa Corte los hechos y circunstancias aludidos en la sentencia son bastantes para presumir que el trabajador, a raíz del despido injustificado de su empleo por parte de la empleadora, sufrió un perjuicio moral o extrapatrimonial que ésta debe indemnizarle[110].

Al año siguiente la Corte Suprema, el 29 de agosto de 1984, revocó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que había confirmado un fallo que ordenaba indemnizar el daño moral por imputación maliciosa de un hurto, por el cual el acusado fue absuelto en sede criminal. En efecto, la Corte de Apelaciones expuso que "consta en autos criminales tenidos a la vista, que la actora fue absuelta en definitiva de la acusación formulada a fs. 6, con lo que ha quedado demostrada su falta de responsabilidad en el delito falta que se le imputaba. Si ello fue así, es lógico concluir que la imputación del mencionado delito falta de hurto fue maliciosa, pues no produjo convencimiento en el ánimo de los sentenciadores, quienes estimaron que no estaba acreditada la existencia del cuerpo del delito ni la participación de la actora, por lo que con tal imputación se produjo a ésta un daño que es obligación de la demandada reparar"[111]. Sin embargo, la Corte Suprema fue

[108] Thayer y Novoa, op. cit., p. 436.

[109] Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de enero de 1984, citado por Farren Paredes, Raúl, *Terminación del contrato de trabajo*, Ediar-Conosur, 1988, p. 43.

[110] Fallo citado por Moraga Neira, René, en Consulta laboral, legislación laboral y previsional, Pronam.

[111] Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, t. LXXXII, N° 2, 1984, parte II, sección III, p. 61.

de otra opinión y basó su sentencia en el hecho de que el solo mérito de la sentencia absolutoria penal en relación con los hechos invocados no basta para acreditar la invocación maliciosa de la causal, lo cual debe ser probada en el proceso respectivo[112].

Similar criterio expresó la Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, en mayo de 1988[113].

Comentando el fallo de la Excma. Corte Suprema de fecha 29 de agosto de 1984, Farren Paredes explica que si bien pueden existir dudas en la causal de falta de probidad, no ocurría lo mismo con las del artículo 157 del Código de 1987 (causales de caducidad que implicaban delitos de bastante gravedad, tales como los atentados contra los bienes de la empresa, incitación a destruir los bienes de la misma y delitos tipificados en la ley de Seguridad Interior del Estado), caso en el cual la absolución o el sobreseimiento en sede penal debería ser suficiente para acreditar la invocación maliciosa de la causal y decretar la correspondiente indemnización[114].

Otra sentencia de 31 de agosto de 1987 condenó a indemnizar los daños morales a un trabajador despedido por la causal de falta de probidad, invocada maliciosamente por el empleador. Este fallo fue ratificado en cuanto a la procedencia de la indemnización por daños morales, por la Corte Suprema el 12 de abril de 1988[115].

La sentencia de primera instancia expresó que los razonamientos que dieron lugar a no tener por acreditada la sustracción de materiales atribuida al actor por la demandada, sobre todo por los imprecisos y contradictorios antecedentes proporcionados por la empleadora al respecto, junto con el hecho de que la querella criminal deducida por la demandada en contra del actor por el delito de hurto de materiales, un año después de ocurrido el despido, ni siquiera declaró reo al trabajador, "amerita concluir que a lo menos en la invocación de la causal referida a este delito de hurto, la demandada actuó con culpa grave", agregando que "debe estimarse que la demandada invocó maliciosamente la causal del N° 1 del artículo 14 del D.L. N° 2.200, en perjuicio del actor"[116].

[112] Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, t. LXXXII, N° 2, 1984, parte II, sección III, p. 60.

[113] Fallo citado por Moraga Neira, René, en Consulta laboral, legislación laboral y previsional, Pronam.

[114] Farren, op. cit., p. 44.

[115] Revista Gaceta Jurídica, año XIII, 1988, N° 94, pp. 86 y 87.

[116] Revista Gaceta Jurídica, año XIII, 1988, N° 94, p. 86.

En el actual Código de 1994, se ha mantenido sólo en parte el esquema de los artículos 162 y 164 del Código de 1987, sobre despido injustificado y abusivo.

Aunque ya hemos explicado el contenido de las normas actuales, recordaremos que, de declararse judicialmente que el despido fue injustificado por no haberse invocado causal alguna o haberse aplicado una causal en forma injusta, indebida o improcedente, el juez ordenará el pago de la indemnización del preaviso y de años de servicio, aumentada esta última en un 20% (art. 168).

Si el empleador hubiere invocado las causales de caducidad establecidas en los números 1, 5 ó 6 del artículo 160 y el despido fuere declarado carente de motivo plausible, la indemnización por años de servicio podrá ser aumentada hasta en un 50% (art. 168 inciso tercero), por tratarse de un despido abusivo.

Opinamos que la naturaleza de las indemnizaciones por despido injustificado y abusivo es similar a la de años de servicio que ya expusimos, con una finalidad de previsión y asistencia social, de premio a la fidelidad ya que su monto depende de la antigüedad del trabajador, y como fomento de la estabilidad relativa impropia existente en nuestro sistema, considerando el recargo del 20%.

Si el despido es declarado "carente de motivo plausible" y se trata de ciertas causales de especial gravedad para el trabajador, se configura un despido abusivo y la ley otorga al juez la facultad de aumentar el monto de la indemnización por años de servicio hasta un 50%. Este aumento tiene por objeto reforzar los fines ya señalados y establecer, además, una "pena o sanción al empleador" irresponsable que imputa una causal que implica una grave responsabilidad para el trabajador.

Este aumento no comprende el eventual daño moral sufrido por el trabajador, ya que, a diferencia de la norma del Código de 1987 (art. 162), que permitía al juez "evaluar libremente" el monto de los perjuicios, ante la "invocación maliciosa" de determinadas causales; actualmente el aumento se basa en la indemnización por años de servicio, lo cual excluye una real estimación del daño moral sufrido.

Tanto es así que, por ejemplo, un profesor que sólo ha laborado nueve meses y al cual se le despide imputándole sin motivo plausible un hurto, no tendrá derecho a indemnización por años de servicio y tampoco, por ende, al recargo de hasta un 50%, y el daño moral causado a su honra y su prestigio profesional puede ser de gran magnitud.

Sin embargo, como demostraremos más adelante, la indemnización por daño moral es plenamente procedente y compatible con la por años de servicio, aunque no se encuentre vigente el artículo 162 del Código de 1987, tantas veces mencionado.

4) *Indemnización por despido indirecto*: Como ya explicamos, en estas situaciones es el trabajador quien pone término al contrato de trabajo por haber incurrido el empleador en determinadas causales de caducidad.

En nuestro actual Código, el despido indirecto obliga al empleador al pago de las indemnizaciones del preaviso y por años de servicio, aumentando esta última en un 20% y hasta en un 50% dependiendo de la causal invocada por el trabajador, a diferencia de lo que disponía el Código de 1987 (art. 162 inc. 3°), que sólo establecía el pago de la indemnización por años de servicio sin recargo.

Se ha dicho que esta indemnización tiene por objeto resarcir al trabajador diligente por el daño causado por la infracción del empleador[117].

Reiteramos lo señalado para la indemnización por despido injustificado y abusivo, en el sentido de que el pago al cual es obligado el empleador, se basa en motivos de previsión y asistencia social, premio a la fidelidad ya que su monto depende de la antigüedad del trabajador, operando, además, como medida de fomento a la estabilidad relativa impropia existente en nuestro sistema, lo cual el legislador refuerza al establecer un recargo mínimo de 20% elevable hasta un 50%, según el caso.

Asimismo, el carácter tarifado de los pagos excluye la posibilidad de que éstos comprendan el eventual daño moral sufrido por el trabajador, lo cual sería absolutamente injusto a la luz de los ejemplos dados anteriormente para el despido injustificado y abusivo.

[117] Macchiavello, op. cit., p. 535.

III. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO.

Sumario: 9. Teorías. 10. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual? 11. Procedencia y fundamento. 12. Jurisprudencia.

9. Teorías. Como ya expusimos, la naturaleza de la relación laboral y especialmente su contenido ético-jurídico impone deberes cuya transgresión puede causar daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

En materia de terminación del contrato de trabajo, la simple disolución del vínculo contractual es un derecho del empleador cuando se configura una de las causales establecidas por ley. En estos casos, aunque pueda existir un daño moral no procede su reparación, sin perjuicio del pago de la indemnización por años de servicio.

Sin embargo, como analizaremos más adelante, existen tres situaciones en las cuales puede plantearse la necesidad de reparar el daño moral en nuestro derecho: el despido injustificado que deriva en un despido abusivo, el despido abusivo contemplado en el artículo 168 inc. 3° y el despido indirecto.

Mangarelli precisa que no es indemnizable el daño moral por ruptura arbitraria del contrato de trabajo salvo que se configure una hipótesis de despido especialmente injustificado[118].

Como la reparación adicional sólo puede admitirse en situaciones excepcionales y no en cualquier despido, Mangarelli y Castello señalan los siguientes criterios a fin de determinar si la entidad del daño moral amerita su indemnización[119]:

[118] Mangarelli, op. cit., "Daño moral...", p. 106.

[119] Mangarelli, Cristina y Castello, Alejandro, "Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada", en Revista Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XL, N° 185, enero-marzo 1997, p. 262.

a) Si existen motivaciones antijurídicas, espurias o persecutorias.

b) Si hay una especial intención de lesionar al trabajador.

c) Si el comportamiento del empleador es particularmente antijurídico y vulnera intereses cautelados por el ordenamiento laboral.

Debemos precisar, además, que también es posible que sea el empleador quien sufra un daño moral por un incumplimiento del trabajador que infrinja el contenido ético-jurídico, caso en el cual y en atención a su gravedad, será posible poner término al contrato y reclamar la indemnización del daño moral. Por ejemplo, un trabajador también debería responder por el daño moral que por dolo o culpa ocasione a los bienes no patrimoniales del empleador, afectando la imagen o buen nombre de la empresa[120].

Lo anterior procede incluso en el caso de que el empleador sea una persona jurídica, toda vez que éstas son titulares de algunos derechos extrapatrimoniales, tales como los derivados del nombre, del honor y secreto de sus negocios[121].

Si bien en nuestro Código para los casos de despido injustificado, abusivo e indirecto se establece el pago de una indemnización tarifada por antigüedad, postulamos que ésta no comprende el eventual daño moral sufrido y que, por ende, es plenamente acumulable con una indemnización del daño efectivamente causado al trabajador.

Respecto de la posibilidad de acumular una indemnización por daño moral a la tarifada establecida por ley, se distinguen diversas opiniones en doctrina[122]:

A) Teorías que rechazan la acumulación:

Para algunos es improcedente la referida acumulación toda vez que terminado el contrato debe cancelarse la indemnización tarifada establecida por ley, la cual excluye del ámbito de la relación laboral el principio general de la reparación integral de los daños.

Se sostiene, además, que la tarifa legal abarca todos los eventuales perjuicios producidos por el despido injustificado, correspondiendo su pago se

[120] Alvarez Chávez, Víctor Hugo, *Regímenes indemnizatorios del despido*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1988, p. 102.

[121] Diez Schwerter, op. cit., p. 130.

[122] Ver Mangarelli, op. cit., "Daño moral...", pp. 73 a 97; Martorell, Ernesto E., *Indemnización del daño moral por despido*, Hammurabi, 2ª ed., 1994, pp. 145 y ss.; Vásquez Vialard, op. cit., pp. 718 y ss., y Pizarro op. cit., pp. 588 y ss.

hayan o no producido daños para el trabajador. Complementa lo anterior, el hecho de que el legislador ha establecido una indemnización tarifada a fin de que el costo económico que su pago representa para el empresario no afecte la continuidad de la actividad productiva, y que éste pueda planificar previamente el desarrollo de su negocio ante la posibilidad de tener que cancelar las indemnizaciones por despido. En caso contrario, se produciría una grave inseguridad jurídica en las relaciones de trabajo.

Se agrega que no es posible aplicar las normas del derecho común al derecho laboral, cuando éste ha regulado en forma expresa una determinada institución, como ocurre con las indemnizaciones por término de contrato, y que si el legislador hubiere deseado establecer una indemnización mayor, lo habría hecho expresamente.

B) Teorías que aceptan la acumulación:

Para la mayor parte de la doctrina, es plenamente pertinente la acumulación de una indemnización del daño moral con las establecidas por el derecho laboral para el término del contrato de trabajo.

En esta línea se argumenta que la indemnización tarifada sólo cubre el daño patrimonial del despido, por lo cual resulta de toda lógica la necesidad de indemnizar el daño moral por ejercicio abusivo del despido con una indemnización complementaria.

Se añade que la aceptación de la indemnización del daño moral por término de contrato, en casos de especial gravedad, podría fortalecer la seguridad jurídica en el entendido de que la jurisprudencia o la ley fijen pautas respecto de los casos y montos de su indemnización.

Plá Rodríguez[123] defiende la acumulación de las indemnizaciones debido a su distinta naturaleza. La indemnización por despido busca la reparación de los perjuicios por la pérdida del empleo, su cálculo se realiza en forma tarifada o forfaitaire sin consideración a los reales daños, debiendo cancelarse incluso cuando ni siquiera existe culpa por parte del empleador; a diferencia de la indemnización por daños y perjuicios, basada en un actuar objetable del empleador y que exige la prueba de los daños producidos.

Se ha sostenido, por otra parte, que debe repararse el daño moral cuando se produce por actos diferentes del despido, los cuales importan incumplimien-

[123] Citado por Mangarelli, op. cit., "Daño moral...", p. 86.

tos contractuales o actos ilícitos. Se trata de actos del empleador que pueden ser previos, simultáneos o posteriores al despido.

Pizarro[124] critica la tesis anterior ya que no se trata de diferenciar el despido de "actos diferentes del mismo que puedan producir daño moral", sino de valorar la distinta repercusión que el despido produce en la esfera de intereses del perjudicado y sus respectivas consecuencias en el plano patrimonial y espiritual.

Ackerman[125] afirma que la finalidad de la indemnización tarifada es responder al incumplimiento del deber de respetar el derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, compensando sólo los daños materiales y morales que la referida violación contractual ocasione, lo cual impone la necesidad de reparar los otros daños que puedan producirse por incumplimientos contractuales, en forma independiente de la tarifa legal.

Se ha postulado también que la existencia de un régimen específico de indemnización tarifada por término de contrato no autoriza para concluir, a contrario sensu, que en materia laboral no rige el principio de reparación integral del daño.

A la luz de las teorías expuestas, es posible afirmar que una importante mayoría de los autores admite la posibilidad de acumular, a la indemnización tarifada legal por término de contrato, otra de daños y perjuicios morales cuando éstos adquieren cierta relevancia y entidad.

Aunque en esta obra nos limitamos al análisis del daño moral, es necesario precisar que ante despidos abusivos, especialmente injustificados y particularmente graves, la necesidad de indemnizar los daños no se limita a los de naturaleza moral sino también a los daños patrimoniales efectivamente causados, sin perjuicio de las indemnizaciones tarifadas que procedan.

10. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual? Es necesario determinar si el daño moral derivado de un despido injustificado, abusivo o indirecto es de naturaleza contractual o extracontractual. En nuestra opinión, el daño moral producido en estos casos es de carácter contractual, por transgredir el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.

[124] Pizarro, op. cit., pp. 602 y 603.

[125] Citado por Mangarelli, op. cit., "Daño moral...", p. 93.

Una norma fundamental para determinar el alcance de los contratos de trabajo es el artículo 1546 del Código Civil, que dispone que los "contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella". Por lo tanto, la ejecución de buena fe de los contratos no se limita a su tenor literal, sino a todas aquellas obligaciones derivadas de su naturaleza, de la ley o la costumbre.

Lo anterior es de gran importancia si se considera la naturaleza del contrato de trabajo, la subordinación que su ejecución implica respecto del trabajador, y el carácter personal de los servicios, lo que determina que el empleado se encuentre en desventaja respecto del empleador. Ante esta situación, el legislador ha optado por establecer una serie de derechos mínimos e irrenunciables en favor del primero, sólo modificables para aumentar sus beneficios, lo que otorga al orden público laboral su carácter "unilateral".

La amplitud de las obligaciones laborales nos lleva a la consecuencia lógica de que existen múltiples posibilidades de que las infracciones al contrato generen un daño moral para una de las partes.

De La Fuente explica que en materia de derecho laboral el daño moral se regirá por las normas de la responsabilidad contractual, ya que el incumplimiento del empleador constituye una infracción al contrato de trabajo, sin perjuicio de que se pueda incurrir en responsabilidad extracontractual si el daño moral es ocasionado por un acto extraño al contrato, o luego de su extinción[126].

En una tesis más amplia, Mangarelli postula que los actos ilícitos del empleador, realizados una vez extinguido el contrato pero que se encuentran íntimamente relacionados con el trabajo, caen dentro de la responsabilidad contractual por tratarse de una violación a una obligación concreta, que es la de obrar de buena fe ante el ex contratante[127].

Disentimos de la opinión anterior, ya que los referidos actos se enmarcan dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, como vulneración del deber genérico de no dañar, toda vez que en estos supuestos el contrato de trabajo se

[126] Citado por Mangarelli, op. cit., "Daño moral...", p. 59.

[127] Mangarelli, op. cit., "Daño moral...", p. 68.

encuentra extinguido. En este mismo sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia[128].

Una tesis distinta postula que el daño moral por término de contrato de trabajo debe regirse por las reglas de la responsabilidad extracontractual, ya que el perjuicio moral se produce al término de la relación laboral, una vez cesado el contrato[129].

[128] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 29 de abril de 1998, confirmada por la Corte Suprema el 1 de junio de 1999. En este caso se condena al Banco de Santander a pagar 15 millones de pesos por indemnización del daño moral producido a la trabajadora Rose Marie Etcheverry Robert, despedida por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, por no cursar una inversión en Fondos Mutuos por un monto de 100 mil pesos. En sede laboral se determinó que el despido era injustificado y se ordenó el pago de las correspondientes indemnizaciones (Fallo de segunda instancia). Sin embargo, el empleador al contestar la demanda laboral, expuso otras justificaciones que la señalada en el aviso de despido, indicando que la trabajadora cobró dineros a cajeros externos con firmas mendaces, no auténticas, larvadas de falsedad, realizando actuaciones abiertamente a horcajadas en el ámbito de los ilícitos penales. En sede civil, la Corte de Apelaciones considerando que dichas imputaciones no fueron probadas y que se produjeron una vez finalizada la relación laboral, estima que en la especie las referidas conductas representan hechos extracontractuales de carácter ilícito, generando responsabilidad extracontractual que obliga a indemnizar al ofendido (considerando 2°).

[129] Salgado Pérez, Gabriela, "Deberes y derechos del empleador y del trabajador", *Globalización económica y derecho individual del trabajo*, IV Congreso Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 1998, p. 176, y Domínguez Águila, Ramón, op. cit., "Reparación del daño moral por...", p. 444.

De considerarse que el daño moral por término de contrato de trabajo debe regirse por las reglas de la responsabilidad extracontractual, podría postularse una seria limitación a su indemnización por lo dispuesto en el artículo 2331 del Código Civil, el cual, en materia extracontractual, dispone que "Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación".

Para Pablo Rodríguez esta limitación sólo comprende las "meras imputaciones injuriosas" no quedando comprendidos en la misma los delitos de injuria y calumnia. Sin embargo, cita el art. 31 de la ley N° 16.643, sobre abusos de publicidad, como interpretación legislativa que amplía el alcance del art. 2331 al disponer que: "Lo dispuesto en el artículo 2331 del Código Civil se entenderá referido a los delitos de injuria y calumnia cometidos a través de medios distintos de los expresados en el artículo 16 de la presente ley". Consultar Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 316 a 318.

Por su parte, Diez Schwerter hace presente la inconstitucionalidad del art. 2331 del CC toda vez que la reparación del daño moral por atentado a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia tiene sustento constitucional (art. 19 N° 4° de la Constitución). Ver, Diez Schwerter, op. cit., pp. 125 y 126.

En lo personal estimamos inconstitucional el art. 2331 del CC. No obstante, en caso contrario, su interpretación debe ser restrictiva en la línea postulada por Pablo Rodríguez, considerando, además, que la eventual interpretación amplia dada por el legislador, en el art. 31 de la ley N°16.643, debe entenderse sólo para los abusos de publicidad cometidos a través de medios distintos de los expresados en el artículo 16 de dicha ley.

Discrepamos de esta tesis, ya que el daño moral por término del contrato de trabajo es producto de un hecho (el despido aparentemente injustificado o abusivo o las acciones que motivan el despido indirecto) que transgrede las obligaciones contractuales que configuran el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, reconocido en nuestro Código, siendo indiferente que los efectos del daño puedan percibirse cuando el contrato ya no está vigente.

Para el caso del despido indirecto, Mangarelli y Castello precisan que la responsabilidad por el daño moral es contractual, ya que los hechos en que se funda radican en el incumplimiento de una obligación jurídica preexistente entre las partes de la relación laboral[130].

A modo de conclusión, sostenemos que cuando un despido injustificado, abusivo o indirecto produce un daño moral indemnizable, su reparación debe regirse por las normas de la responsabilidad contractual.

11. Procedencia y fundamento. Cuando termina la relación laboral existen tres situaciones en las cuales puede plantearse la necesidad de reparar el daño moral: el despido injustificado que deriva en un despido abusivo, el despido abusivo expresamente contemplado en el Código del Trabajo (art. 168 inc. 3°), y el despido indirecto.

En el despido injustificado el juez ha decretado que el término de contrato ha sido injustificado, indebido o improcedente, o que no se ha invocado causal alguna, debiendo analizarse en cada caso la eventual procedencia de una indemnización por daño moral según las circunstancias y motivaciones del despido.

En el despido abusivo considerado en la ley laboral, el empleador ha invocado ciertas causales de caducidad de especial gravedad sin un motivo plausible para ello. Se trata de un abuso en el cual se vulnera la naturaleza del despido invocándose de mala fe una causal de máxima gravedad.

En el despido indirecto, el empleador ha incurrido en ciertas causales de caducidad que facultan al trabajador para poner término al contrato. En estos casos será necesario establecer si la falta del empleador ha provocado un daño moral al trabajador, para determinar si procede la indemnización.

Generalmente en el despido abusivo del artículo 168 inc. 3° y en el despido indirecto, procederá la indemnización del daño moral por la entidad de las situa-

[130] Mangarelli y Castello, op. cit., p. 260.

ciones que configuran dichas causales, a diferencia del despido injustificado donde sólo en algunos supuestos podrá configurarse un despido abusivo, lo cual deberá ser determinado por el juez competente.

Lo anterior se basa en que puede ocurrir que el empleador haya aplicado la causal en forma errónea, de buena fe, incurriendo sólo en un despido injustificado y quedando obligado al pago de las indemnizaciones laborales. En este caso no deberá indemnizar el daño moral.

Por el contrario, hay situaciones en las cuales el empleador puede haber actuado de mala fe, con la finalidad de poner fin al contrato por motivaciones ilícitas o espúrias, infiriendo un daño moral al trabajador que en nuestra opinión deberá ser indemnizado en forma específica por constituir un despido injustificado que deriva en un despido abusivo. Podemos dar muchos ejemplos de lo anterior: cuando el empleador despide a un trabajador por motivos sindicales, por haber hecho un reclamo a la Dirección del Trabajo, por haberse negado a trabajar horas extraordinarias, por sus ideas políticas, por acoso sexual, por motivos discriminatorios basados en la raza, color, sexo, religión, nacionalidad u origen social, etc.

Además, para que proceda la indemnización del daño moral por término de contrato, el daño debe ser de cierta entidad.

Barbagelata[131] sostiene que para que sea indemnizable el daño moral por término de contrato de trabajo, debe tratarse de un daño moral distinto del "normal" que produce la ruptura abusiva del contrato. Las sensaciones de disgusto, ira, contrariedad, indignación, etc. del trabajador, no dan lugar por sí solas a la obligación de reparación[132].

Martorell señala como límite para la procedencia de la indemnización por daño moral por despido, el denominado "principio de la extraordinariedad", esto es que la reparación del daño moral por ruptura abusiva del contrato de trabajo sea una situación excepcional, aplicable en limitadas ocasiones[133].

Respecto de nuestro ordenamiento laboral, opinamos que la acumulación de una indemnización por daño moral con la establecida por el Código del Trabajo

[131] Citado por Mangarelli, op. cit., "Daño moral...", p. 85.

[132] Mangarelli y Castello, op. cit., p. 263.

[133] Martorell, op. cit., pp. 214 y 215. Este principio se fundamenta en el carácter "cerrado" del sistema de indemnizaciones tarifadas laborales, que no permiten la aplicación de otras normas incluso en caso de que haya perjuicios no cubiertos en la tarifa legal, salvo que existan causas de verdadera gravedad, "cuya convalidación significaría la consagración judicial de la injusticia".

para el despido injustificado que deriva en un despido abusivo, abusivo del artículo 168 inc. 3° o indirecto, es plenamente procedente por las siguientes razones:

1) Tanto la indemnización por años de servicio como la por despido injustificado, abusivo del artículo 168 inc. 3 o indirecto, no tienen como fin el reparar los daños reales que el despido produce en el trabajador y su familia.

   La naturaleza de dichas indemnizaciones obedece a los siguientes fines: establecer un premio a la fidelidad, constituir una especie de previsión y asistencia social y promover la estabilidad en el empleo, reforzándose este último objetivo con el recargo del 20% en el caso del despido injustificado y estableciéndose una sanción (recargo de hasta un 50%) al empleador que imputa ciertas causales especialmente delicadas, sin motivo plausible, en el caso del despido abusivo.

   Por su parte, en el despido indirecto, la indemnización participa de las mismas finalidades ya descritas, fortaleciéndose el fomento a la estabilidad en el empleo con el recargo dispuesto en la ley (un mínimo de 20% hasta un 50%).

2) Como ya mencionamos, de postularse que las indemnizaciones comprendidas en el Código del Trabajo para el despido injustificado, abusivo e indirecto contemplan el eventual daño moral que dichas situaciones produzcan, nos encontraríamos ante situaciones injustas y absurdas.

   Lo anterior debido a que el monto de las señaladas indemnizaciones se calcula en forma tarifada o forfaitaire según la antigüedad del trabajador y no en atención al daño efectivamente causado con el despido. Por ejemplo, un trabajador con un año de antigüedad tendría una indemnización considerablemente menor que otro con diez años de servicios, aunque el daño moral sufrido por ambos sea idéntico.

3) Si se considerare improcedente la acumulación de una indemnización por daño moral a la establecida en el Código para los casos estudiados, nos encontraríamos con que el "contrato de trabajo" consagraría una verdadera impunidad del empleador respecto de los eventuales daños morales que causare al trabajador.

   Sería injusto que un empleador que va a despedir a una trabajador y sabe que deberá pagar las indemnizaciones legales que dispone el Código del Trabajo, pudiera, impunemente y amparado en las normas laborales, vejar, ultrajar y violentar moralmente al trabajador y ser irresponsable por ello.

4) De argumentarse que las indemnizaciones laborales inhiben la posibilidad del pago de una indemnización adicional por daño moral, se violentaría un principio básico y esencial del derecho del trabajo: el principio protector.

5) La reparación del daño moral contractual y extracontractual se encuentra fundamentada en nuestra Constitución Política, lo cual no excluye al derecho laboral.

Como señalamos anteriormente, la Carta Fundamental comprende el daño moral en sus artículos 19 N° 7° letra i) y 38.

Además, nuestra Ley Fundamental en su artículo 19 N°s. 1° y 4°, refuerza el reconocimiento del daño moral al consagrar como garantías constitucionales el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (N° 1°), y el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia (N° 4°).

Asimismo, dichos preceptos consagran a nivel constitucional el "principio de reparación integral del daño".

Por otra parte, la Constitución en su artículo 5° inciso segundo establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

En este contexto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a la vida en su artículo 6 y dispone en el artículo 17 que "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

Asimismo, el Pacto de San José de Costa Rica en sus artículos 4 y 5 reconoce el derecho a la vida y el derecho de todas las personas a la integridad física, psíquica y moral, y en el artículo 11 establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

La doctrina civil concluye a partir de nuestra Carta Fundamental que la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales contemplados en la Constitución debe aceptarse en cualquier ámbito de la responsabilidad civil: precontractual, contractual y extracontractual, procediendo, además, la acción de protección establecida en el artículo 20 de la Ley Fundamental.

Tanto el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (N° 1°), como el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, son deberes especialmente contemplados y reforzados por el derecho laboral, integrantes del denominado contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, deducibles de diversas disposiciones del Código del ramo.

Opinamos que por razones constitucionales, legales y de principios, resulta plenamente pertinente la acumulación de las indemnizaciones laborales por término de contrato con una indemnización del daño moral.

6) Finalmente, debemos hacernos cargo de un eventual argumento de texto que podría impedir la acumulación de indemnizaciones que hemos postulado.

El artículo 176 del Código del Trabajo dice lo siguiente: "La indemnización que deba pagarse en conformidad al artículo 163, será incompatible con toda otra indemnización que, por concepto de término de contrato o de años de servicio pudiere corresponder al trabajador, cualquiera sea su origen, y a cuyo pago concurra el empleador total o parcialmente en la parte que es de cargo de este último, con excepción de las establecidas en los artículos 164 y siguientes". El inciso segundo del artículo 176 establece que: "En caso de incompatibilidad, deberá pagarse al trabajador la indemnización por la que opte".

Podría interpretarse que esta norma prohíbe expresamente la acumulación de la indemnización por despido injustificado, abusivo o indirecto con una por daño moral.

Creemos firmemente en lo contrario, por las razones que expondremos a continuación:

a) El artículo 176 se refiere a la indemnización del artículo 163, esto es la por años de servicio y no a la por despido injustificado, abusivo o indirecto, ya que no hace referencia expresa a los artículos 168 y 171.

Sin perjuicio de que el Código determina el monto de estas indemnizaciones en referencia a la por años de servicio y no obstante que sus fundamentos sean similares, los supuestos por los que operan son muy distintos. En un caso se trata de un despido justificado por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o desahucio; a diferencia de los despidos "injustificados" o "abusivos" o de ciertos hechos de tal gravedad que autorizan al trabajador para poner término al contrato exigiendo las indemnizaciones que establece la ley.

b) La incompatibilidad es establecida en el citado artículo 176 respecto de otras indemnizaciones "por concepto de término de contrato o por años de servicio".

La indemnización por daño moral no es por término de contrato o por años de servicio sino por daño moral provocado al finalizar la relación laboral. Sería injusto que por interpretar literalmente la referida norma se pudiera indemnizar el daño moral laboral mientras se ejecuta el contrato pero no el producido para ponerle término.

Las indemnizaciones por término de contrato no buscan indemnizar el daño real producido, sino que se fundamentan en las razones que reiteradamente hemos explicado.

c) Al señalar el precepto en análisis que la incompatibilidad es con toda otra indemnización por concepto de término de contrato o de años de servicio, "cualquiera sea su origen", se refiere a la fuente de la misma, que puede ser legal o convencional, pero no a otras indemnizaciones de diferente fundamento como el caso del daño moral indemnizable por término de contrato.

d) De interpretarse extensivamente la incompatibilidad del artículo 176, nos encontraríamos ante situaciones injustas. Por ejemplo, si un trabajador es despedido y se produce a su respecto un daño moral y no le corresponde indemnización por años de servicio ya que, por ejemplo, sólo trabajó cuatro meses en la empresa, no operaría la incompatibilidad y el señalado daño moral podría ser indemnizado.

Por el contrario si ese mismo trabajador estuvo en servicio catorce meses tendrá derecho a una indemnización por años de servicio correspondiente a treinta días de la última remuneración mensual devengada y debería optar entre ésta y la indemnización del daño moral por la supuesta incompatibilidad que estamos analizando.

e) El artículo 176 se refiere a incompatibilidad de indemnizaciones, o sea a las reparaciones por equivalencia pecuniaria.

Como bien señala Diez Schwerter la naturaleza del daño moral hace imposible su reparación *en especie*, ya que nada es capaz de volver al estado anterior a la víctima del daño moral producido y sólo podrían aminorarse sus efectos perniciosos.

Es por esto que las reparaciones *por medio de equivalentes* aparecen como las únicas opciones y dentro de las mismas, las *no pecuniarias* (sin intervención de dinero) como a las cuales debiera recurrirse preferentemente, dado que se avienen mayormente con la naturaleza extrapatrimonial del daño moral[134].

Un ejemplo de equivalentes no pecuniarios nos lo da la legislación sobre abusos de publicidad donde se establece el derecho de respuesta y rectificación para los afectados en su honor en una publicación[135]. Además, por medio de la acción de protección (art. 20 de la Constitución), en la práctica, se han reparado ciertos daños morales por medio de equivalentes no pecuniarios[136].

De aceptarse la incompatibilidad del artículo 176 ocurriría que un trabajador despedido y con derecho al pago de la indemnización por término de contrato, podría solicitar la reparación del daño moral por un equivalente no pecuniario (que no sería una indemnización) y, de no ser posible dicha forma de reparación, estaría impedido de acumular a su indemnización laboral una indemnización del daño moral producido por el despido injustificado, abusivo o indirecto.

f) Finalmente, si se concluyere que la incompatibilidad del artículo 176 comprende la indemnización del daño moral sería forzoso deducir la inconstitucionalidad de esta norma.

En efecto, en este acápite nos hemos referimos al fundamento constitucional de la reparación por daño moral contractual así como respecto del principio de reparación integral, los cuales son imperativos para el legislador e intérprete, más aún por tratarse de materias comprendidas en las garantías constitucionales, las cuales no pueden ser afectadas en su esencia por los preceptos legales (art. 19 N° 26° de la Constitución).

Por las razones expuestas creemos que una indemnización por daño moral por término de contrato de trabajo es procedente, en nuestro país, cuando el término del contrato se produzca por un despido injustificado que derive en un despido abusivo; un despido abusivo del artículo 168 inc. 3, o por un despido indirecto, y exista un daño moral indemnizable, esto es de cierta entidad, distinto del que normalmente se produce por el término de la relación laboral.

[134] Diez Schwerter, op. cit., p. 245.

[135] Ley N° 16.643, artículos 11 a 15.

[136] Diez Schwerter, op. cit., p. 106.

Finalmente, cabe hacer presente que podría darse el caso de que un tribunal rechazare una demanda por despido injustificado o abusivo y que, no obstante, prosperare la indemnización por daño moral en la medida en que pueda probarse que ha existido un agravio moral grave en contra del trabajador[137].

12. Jurisprudencia. En materia jurisprudencial, con anterioridad a la dictación del actual Código, se habían presentado casos de indemnización de daño moral por término de contrato, basados en la invocación maliciosa de ciertas causales de despido (art. 162 del Código de 1987), los cuales ya mencionamos.

Desde la vigencia de la ley N° 19.010, de 1990, refundida en el Código del Trabajo de 1994 hoy vigente, hemos conocido sólo una sentencia de daño moral por término de contrato de trabajo, a cuyo análisis nos abocaremos en este párrafo[138].

Se trata del fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 12 de diciembre de 1997, en la causa Florencio Céspedes Ortiz con Banco del Estado[139], por un despido por falta de probidad, en el cual se le imputa al trabajador el haber usufructuado dineros provenientes de créditos otorgados por él, y el haber concedido créditos sin suficiente garantía.

El trabajador se desempeñó en el Banco por 33 años desde 1960, siendo su última función la de Agente de la Sucursal de Lota desde 1986. A mediados de 1992, el Banco, mientras se encontraba enfermo y con licencia, dispuso su traslado como Jefe de la sección a Lebu, por lo cual reclamó ante la Inspección del Trabajo por este grave incumplimiento de contrato.

Posteriormente, el Banco comenzó una investigación o sumario interno, al cual jamás se le citó ni se le oyó, ni se le permitió defensa alguna, poniéndosele término a su contrato por falta de probidad. Cuando tomó conocimiento del despido solicitó la nulidad de todo lo obrado, a lo cual el Banco accedió, pero una vez finalizada su licencia por enfermedad se le despidió nuevamente por falta de probidad.

El Banco fue condenado por despido injustificado y la Corte opinó que las

[137] Ferrari citado por Martorell, op. cit., p. 227.

[138] Cabe señalar que se han fallado casos recientes de daño moral producido una vez finalizada la relación laboral, lo cual excede el marco de nuestro estudio. Ver nota 128.

[139] Esta sentencia fue publicada en la Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° 2, abril-junio de 1998, pp. 431 y ss., oportunidad en la cual es comentada por el profesor Ramón Domínguez Águila.

indemnizaciones laborales correspondientes no cubrían otros perjuicios causados al actor (considerando 4).

Agrega el Tribunal de Alzada que imputar a una persona falta de probidad sin permitirle adecuada defensa implica faltar gravemente a su honor e integridad, y que el artículo 19 N° 4° de la Constitución reconoce a las personas el derecho a la honra y lo garantiza frente a terceros. Además, señala que se ha afectado gravemente la integridad psíquica del trabajador, consagrada en el artículo 19 N° 1° de la Ley Fundamental, quien se encuentra sumido en una honda depresión que afecta sus relaciones con su familia y amigos (considerando 5).

Señala que la conducta del Banco es dolosa porque fue voluntaria y con perjuicios claramente previsibles, colocándose fuera del marco contractual para incurrir en un ilícito extracontractual, por lo que debe repararse el daño causado.

En cuanto a la posibilidad de incompatibilidad entre la indemnización por daños y perjuicios y las indemnizaciones laborales decretadas en causa laboral, la Corte opina que se trata de materias diferentes, una de naturaleza civil y otra de naturaleza laboral, originándose la indemnización civil por no haberse probado en una causa laboral la falta de probidad del demandante, y que, por lo tanto, no se trata de una cuestión suscitada entre el trabajador y su empleador o viceversa, por la aplicación o no de normas laborales o estipulaciones contenidas en un contrato de trabajo, por lo cual no estaríamos ante un caso de doble indemnización (considerando 11).

Considera el Tribunal que no puede sostenerse que las indemnizaciones laborales (por años de servicio más los recargos por no haber demostrado el Banco la procedencia de la causal de caducidad, que en la especie fue de un 25%) impida el ejercicio, por parte del trabajador, de otras acciones, como es el caso de una indemnización de perjuicios de carácter civil. Las referidas indemnizaciones por término de contrato son de naturaleza laboral y no producen cosa juzgada, y lo que se demanda es una indemnización por responsabilidad extracontractual y lo cancelado son prestaciones ocasionadas por contrato de trabajo (considerando 14).

La Corte considera al daño moral como equivalente al *pretium doloris* y condena al Banco del Estado al pago de $ 10.000.000 por este concepto (considerandos 18 y 19).

Por su parte, la Corte Suprema en fallo de 5 de mayo de 1999, rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Banco del Estado, señalando "f) que el banco ejerció su derecho de despedir al trabajador de un modo indebido,

asumiendo una conducta abusiva y temeraria al imputarle un cargo tan grave como la falta de probidad, sin especificar cargos concretos, lo que constituye un proceder ilícito que atenta contra la integridad y la honra del funcionario; g) que de los hechos señalados y de la prueba rendida se configura un cuadro de daño moral sufrido por el actor, producto del proceder ilícito del banco, que debe ser indemnizado por éste, daño que el fallo recurrido fijó en $ 10.000.000." (considerando 3).

Señala el máximo tribunal que la demanda tiene por objeto el resarcimiento de los perjuicios producidos "posteriormente, durante la secuela del juicio laboral, al sostener el banco la existencia de la causal de falta de probidad, que no precisó ni probó" (considerando 5), agregando que "por consiguiente, la sentencia recurrida no derivó la existencia del daño moral del hecho del despido, sino del actuar del demandado en su defensa en ese pleito, que estimó constitutivo de un ilícito civil que tuvo como efecto un daño moral que se reguló prudencialmente en la cantidad de $ 10.000.000." (considerando 7).

Opinamos que estos dos fallos son de gran trascendencia y que constituyen un importante precedente en materia de daño moral por término de contrato. Concordamos con las motivaciones de justicia que los fundan, en orden a reparar el daño moral en casos como el descrito.

Consideramos muy acertados los argumentos constitucionales de la Corte de Concepción así como el considerando que sostiene que las indemnizaciones laborales no excluyen la indemnización de daños y perjuicios en esta materia.

No concordamos, sin embargo, con la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual, ni con el razonamiento de que la imputación de una falta de probidad no probada escapa al ámbito del contrato de trabajo, por todas los fundamentos explicados en esta obra.

Esperamos que en un futuro próximo haya más sentencias sobre la materia y que la jurisprudencia avance en este tema, acogiendo la indemnización del daño moral por término de contrato, asunto que creemos de naturaleza laboral y contractual, a la luz de todas las consideraciones que hemos expuesto en este libro.

IV CONCLUSIONES

En las páginas anteriores hemos estudiado el daño moral en la etapa final de la relación laboral.

Si bien el daño moral en materia laboral ha sido sistematizado hace tiempo en el derecho comparado, es un asunto casi desconocido en nuestro derecho, lo que nos ha obligado a realizar una serie de consideraciones de orden general a fin de proceder a un estudio más completo del tema propuesto.

No obstante, hemos limitado este ensayo a los aspectos laborales relativos al daño moral por término del contrato de trabajo, excluyendo otras materias de gran interés, como el daño moral pre y post contractual, durante la vigencia del contrato de trabajo, su prueba, los criterios para fijar el monto a indemnizar y el tribunal competente para conocer de estos asuntos.

Como consecuencia del análisis efectuado podemos consignar las siguientes conclusiones:

1) La indemnización del daño moral por término de contrato de trabajo ha sido prácticamente inexistente en nuestro país.

2) El daño moral en el derecho laboral puede darse en la etapa precontractual, de ejecución del contrato, de término del mismo y post contractual.

3) Las indemnizaciones laborales tarifadas, por término de contrato de trabajo, no comprenden el eventual daño moral por el despido cuando éste adquiere cierta relevancia y entidad.

4) Cuando un despido genera un daño moral indemnizable debe regirse por las reglas de la responsabilidad contractual, como consecuencia de la violación del contenido ético-jurídico del contrato, salvo que se base en hechos ocurridos con anterioridad al contrato o con posterioridad a su término.

5) Opinamos que existen tres situaciones en nuestro sistema laboral que podrían justificar una indemnización de daño moral por término de contrato: cuando un despido injustificado deriva en abusivo; cuando derechamente se produce el despido abusivo del artículo 168 inc. 3, y cuando se configura un despido indirecto.

6) La indemnización del daño moral por término de contrato de trabajo es plenamente compatible con las indemnizaciones laborales por despido.

7) Para que proceda la indemnización por daño moral éste debe ser de cierta entidad, distinto del que normalmente se produce por término de la relación laboral.

Celebramos la sentencia citada en el párrafo 12 no obstante las observaciones efectuadas, con la esperanza de que nuestra jurisprudencia acoja los planteamientos hechos respetuosamente en estas páginas.

Es de esperar que en los próximos años este tema del daño moral en materia laboral adquiera más relevancia práctica, otorgando la oportunidad a los laboralistas y jueces de perfeccionar la protección laboral del trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943.

ALVAREZ CHÁVEZ, VÍCTOR HUGO, *Regímenes indemnizatorios del despido*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1988.

BRONSTEIN, ARTURO, "La protección contra el despido arbitrario en derecho comparado del trabajo", en *Derecho del trabajo: Normas y Realidad*, Estudios en Homenaje al profesor Ramón Luco Larenas, al cuidado de Francisco Tapia Guerrero, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, pp. 113-136.

CAMERLYNCK G.H. Y LYON-CAEN G., *Derecho del trabajo*, Madrid, Aguilar, 1974.

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P. Y TREU T, *Diritto del lavoro*, 2 Il rapporto di lavoro subordinato, Turín, UTET, 1997.

COUTURIER, GERARD, *Droit du travail*, 1/ Les relations individuelles de travail, París, PUF, 1996.

DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, año LVIII, N° 188, julio/diciembre de 1990, pp. 125-168.

———— "Reparación del daño moral por despido injustificado", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° 2, pp. 431-445.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, Y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, RAMÓN, "Responsabilidad contractual. Daño moral. Cúmulo de responsabilidades. Prueba del daño moral", Comentario de Jurisprudencia, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 193, año LXI, enero/junio de 1993, pp. 159-163.

———— "Daño moral en la responsabilidad contractual. Ausencia de norma excluyente de su reparación", Comentario de Jurisprudencia, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 196, año LXII, julio/diciembre de 1994, pp. 155-160.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, CARMEN, "La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° 1, pp. 27-55.

———— *El Daño Moral*, tomo 1, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

ERMIDA URIARTE, OSCAR, "El concepto de despido abusivo", en Derecho Laboral, Tomo XXVII, N° 135, julio-septiembre de 1984, pp. 506-523.

ESCRÍBAR MANDIOLA, HÉCTOR, "La estabilidad en el empleo", en *Estudios de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* en Homenaje al profesor don Francisco Walker Linares, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968, pp. 89-99.

FARREN PAREDES, RAÚL, *Terminación del contrato de trabajo*, Santiago, Ediar-Conosur, 1988.

FERRARI COSTA, EDGARDO, *El concepto de subordinación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967.

FLORINDO, VALDIR, *Dano Moral e o Direito do Trabalho*, 3a. edición, San Pablo, LTr, 1999.

FUEYO LANERI, FERNANDO, *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *La flexibilidad laboral*, Cuadernos Jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez, Número 5, julio 1996.

———— *Introducción al derecho del trabajo*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998.

GATUMEL, DENIS, *Le droit du travail en France*, París, Éditions Francis Lefebvre, 1997.

GHERA, EDOARDO, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 1997.

GHEZZI, GIORGIO Y ROMAGNOLI, UMBERTO, *Il rapporto di lavoro*, Bolonia, Zanichelli, 1987.

GOULD IV, WILLIAM B., *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1986.

GUMUCIO RIVAS, JUAN SEBASTIÁN, "Régimen indemnizatorio de los accidentes del trabajo", en Revista Laboral Chilena, enero de 1992, pp. 74-78.

GUMUCIO RIVAS, JUAN SEBASTIÁN Y CORVERA VERGARA, DIEGO, "Responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo en Chile", en Revista Laboral Chilena, diciembre de 1996, pp. 62-71.

HEPPLE, BOB, "Flexibility and Security of Employment", en *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, 5ª edición revisada, al cuidado de Roger Blanpain y Chris Engels, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, pp. 255-280.

ILLANES RÍOS, CLAUDIO, "El daño moral en la responsabilidad contractual", charla dictada el 8 de septiembre de 1994 en el Colegio de Abogados, publicada en diciembre de 1994 por el Colegio de Abogados.

JAVILLIER, JEAN-CLAUDE, *Derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1982.

KAHN-FREUND, OTTO, *Trabajo y Derecho*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1987.

KROTOSCHIN, ERNESTO, *Manual de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998.

LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los contratos*. Parte general, Tomos I y II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

MACCHIAVELLO CONTRERAS, GUIDO, *Derecho del trabajo*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1986.

MANGARELLI, CRISTINA, *Daño moral en el derecho laboral*, Montevideo, Acali Editorial, 1984.

———— *Despido abusivo e incumplimiento contractual*, Criterios para la estimación del daño, Montevideo, B de F, 1992.

MANGARELLI, CRISTINA Y CASTELLO, ALEJANDRO, "Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada", en Revista Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XL, N° 185, enero-marzo 1997, pp. 244-275.

MANGARELLI, CRISTINA Y ROSENBAUM RIMOLO, JORGE, "El despido abusivo en el derecho uruguayo", en Derecho Laboral, Tomo XXXI, Nº 151, julio-septiembre de 1988, pp. 513-531.

MARTORELL, ERNESTO E., *Indemnización del daño moral por despido*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª ed., 1994.

MASCARO NASCIMENTO, AMAURI, *Iniciaçâo ao direito do trabalho*, Sao Paulo, Editora LTr, 1997.

MERA MANZANO, RUBÉN, "El contenido ético del contrato de trabajo", en *Estudios de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* en Homenaje al profesor don Francisco Walker Linares, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968, pp. 197-205.

MORAGA NEIRA, RENÉ, Consulta laboral, legislación laboral y previsional, Pronam.

PACHECO, MÁXIMO, *Teoría del derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

PICCININI IOLANDA, "*Equitá e diritto del lavoro*", Padova, CEDAM, 1997.

PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Daño moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996.

PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Principios de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1978.

RIVERO, JEAN Y SAVATIER, JEAN, *Droit du travail*, París, PUF, 1993.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

RUPRECHT, ALFREDO, *Los principios normativos laborales y su proyección en la legislación*, Buenos Aires, Zavalía, 1994.

———— "Contrato de Trabajo", en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, tomo.IV.

———— "Indemnización por Despido", en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, tomo XV.

SALGADO PÉREZ, GABRIELA, "Deberes y derechos del empleador y del trabajador", en *Globalización económica y derecho individual del trabajo*, IV Congreso Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 1998, pp. 173-182.

SANTORO PASSARELLI, FRANCESCO, *Nozioni di diritto del lavoro*, Nápoles, Jovene, 1963.

SANTORO PASSARELLI, GIUSSEPPE, *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Il lavoro privato e pubblico, Collana di diritto privato diretta da Pietro Rescigno, Vicenza, IPSOA, 1998.

SCOGNAMIGLIO, RENATO, *Diritto del lavoro*, Nápoles, Jovene, 1998.

SIQUEIRA NETO, JOSÉ FRANCISCO, "Dano Moral e as Relaçôes de Trabalho", *Direito do Trabalho & Democracia*, Apontamentos e Pareceres, San Pablo, LTr, 1996.

SOTO KLOSS, EDUARDO, *Derecho Administrativo*, Bases Fundamentales, t. II El principio de juridicidad, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996,

SUPIOT, ALAIN, *Crítica del derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

SÜSSESKIND, ARNALDO; DÉLIO, MARANHÄO; SEGADAS, VIANNA, Y LIMA, TEXEIRA, *Instituçiões de Direito do Trabalho*, Vol. 1, Sao Paulo, LTr, 1997.

THAYER, WILLIAM Y NOVOA, PATRICIO, *Manual de derecho del trabajo*, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

TOMASELLO HART, LESLIE, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969.

TREU, TIZIANO, "La flexibilidad laboral en Europa", en Revista Internacional del Trabajo, volumen 112, Número 2, 1993.

ULLOA ROSAS, LUIS, *Régimen de terminación del contrato de trabajo*, Universidad de Concepción, Fondo de Publicaciones, 1993.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *La responsabilidad en el derecho del trabajo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988.

VERDIER, JEAN-MAURICE, *Droit du travail*, París, Dalloz, 1990.

WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO, *Derecho del trabajo y relaciones del trabajo*, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1989.