Por el contrario, cuando el acosador sea el empleador no operará esta eximente, ya que quedaría a su arbitrio la posibilidad de acosar y de liberarse de los referidos aumentos indemnizatorios.

Por último, la ley agrega un inciso final al art. 171, disponiendo que si el trabajador hubiese invocado la causal de la letra b) del número 1 del art. 160, falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiese declarado su demanda carente de motivo plausible, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado. En el evento que la causal haya sido invocada maliciosamente, además de la indemnización de los perjuicios, que podrá comprender el daño moral, quedará sujeto a las otras acciones legales que procedan.

Con este precepto se pretende limitar la interposición de denuncias temerarias o malintencionadas respecto del empleador o de otros trabajadores de la empresa. Su aplicación deberá ser especialmente ponderada por los tribunales, dadas las dificultades probatorias existentes en la figura del acoso sexual.

Estimamos que esta nueva ley sobre acoso sexual constituye un gran avance en favor de relaciones laborales más equilibradas y basadas en el respeto mutuo.

No obstante, esta normativa podría perfeccionarse. Desde ya, cabe decir que su redacción no es del todo clara y da la impresión de que el tratamiento del acoso responde a considerarlo siempre como un chantaje proveniente de un superior o compañero de trabajo que no es directamente el empleador.

En este sentido, pareciera que, por el tenor de la ley, los trabajadores y las trabajadoras de las pequeñas y medianas empresas tendrán menos oportunidades de defenderse del acoso.

Por otro lado, las sanciones vinculadas a los arts. 168 y 171 del Código del Trabajo son muy insuficientes, considerando que su forma de cálculo depende de los años de servicio del trabajador. Por ello es de gran importancia que el legislador haya hecho mención expresa a la interposición simultánea de otras acciones indemnizatorias, lo que abre la puerta directamente a la indemnización por daño moral. En caso contrario, todo trabajador con una antigüedad menor de un año podría ser objeto de un acoso que no implicaría indemnización laboral alguna, sin

perjuicio de la aplicación de la ley N° 20.087, por medio del nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales, donde el trabajador podrá solicitar reparación de los daños morales sufridos.

El éxito de la ley de acoso sexual dependerá de dos factores esenciales. El primero referido a la adecuada implementación de las medidas de prevención al interior de la empresa. El segundo vinculado directamente a la demora de los juicios laborales, ya que una tutela del acoso que demora años resulta absolutamente insuficiente.

Desde una perspectiva de derecho comparado, el legislador nacional ha sido cauto en implementar medidas más eficientes en esta materia. Por ejemplo, en los países que han legislado sobre el acoso, dadas las dificultades probatorias para la víctima, se aliviana su carga probatoria, en el sentido de que sólo debe probar la existencia de indicios razonables de acoso, y el empleador o el victimario deben justificar su actuar.

Este mecanismo procesal se ha implementado en materias como el acoso sexual o la discriminación y, en general, en la vulneración de derechos fundamentales, dado el marco de la relación de trabajo donde el empleador y los superiores jerárquicos gozan de un importante poder respecto de sus subordinados. De hecho, en esta ley de acoso sexual el empleador cuenta con verdaderas facultades de policía, propias del Estado, como son investigar y sancionar ilícitos. Con todo, recientemente con la ley N° 20.087 el legislador ha dado un gran paso adelante en la tutela de las diferentes garantías constitucionales vinculadas al acoso sexual, como por ejemplo la integridad psíquica, por medio del nuevo procedimiento de tutela de derechos, el cual, como ya señalamos, consagra un sistema de aligeración probatoria para el trabajador.

Por otra parte, existen evoluciones jurisprudenciales que también han sido ignoradas en esta ley. Se trata del criterio ya mencionado *de la mujer razonable*.

Para algunos autores el criterio de valoración de la mujer razonable equivaldría a las reglas de la sana crítica en nuestros sistemas procesales.[150] Deberemos esperar para ver cómo aplican este criterio nuestros tribunales.

[150] Cfr. PUYESKY, op. cit. p. 23.

12. EL ACOSO MORAL

El acoso moral ha sido una temática desarrollada en sus orígenes por siquiatras, desde la década de los sesenta, en Suecia por el doctor Paeter-Paul Heinemann, quien en 1972 escribió un libro sobre el fenómeno de la violencia de grupo entre los niños. Luego, en la década del ochenta Heinz Leymann introdujo el concepto de *Mobbing* para describir acosos severos en las organizaciones.[151]

En el mundo latino, especialmente en Francia, han sido las obras de Marie-France Hirigoyen las que han llamado la atención respecto del acoso moral en el trabajo.

Preferimos la denominación de acoso moral o mobbing, por sobre otras como acoso psíquico[152], acoso psicológico[153], psicoterror laboral[154] o bullyng.[155]

El acoso moral comprende los hostigamientos periódicos realizados en el lugar de trabajo con la finalidad de humillar y marginar a un determinado trabajador, provocando, incluso, su renuncia, muchas veces acompañada de daños a la salud como la depresión, estrés o ansiedad, además de trastornos psicosomáticos.

Dado el poder de mando del empleador este tipo de acoso puede ser extremadamente dañino y la variedad de conductas que comprende es

[151] HIRIGOYEN, Marie-France, *El acoso moral en el trabajo*, Distinguir lo verdadero de lo falso, Buenos Aires, Paidós, 2001, p. 69.

[152] GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Acoso psíquico en el trabajo* (El alma, bien jurídico a proteger), Madrid, Civitas, 2002, p. 63.

[153] GONZÁLEZ NAVARRO, op. cit. p. 173.

[154] Cfr. PRADO LÓPEZ, Pamela, "Breves reflexiones en torno al mobbing", *Revista Laboral Chilena*, julio de 2005, Nº 138, p. 91.

[155] HIRIGOYEN distingue entre mobbing (del inglés to mob significa asediar, maltratar, atacar, regañar), bullyng (del inglés to bull significa ofender brutalmente, maltratar), harassment (término ocupado en Estado Unidos, significa hostigar), whistleblowers (alude a las víctimas de represalias por haber denunciado las disfunciones del sistema), ijime (acoso japonés, especialmente referido a las presiones del "grupo" cuando se desea formar a los jóvenes recién ocupados o a someter a los trabajadores no integrados o disfuncionales), cfr. HIRIGOYEN, op. cit., pp. 69 y ss.

amplia[156], por ejemplo, no hablarle a la víctima, criticar su labor por correo electrónico enviado a los restantes trabajadores de la empresa, no darle trabajo, marginarla de las reuniones habituales, no entregarle implementos de trabajo, encomendarle un trabajo excesivo e imposible, etc. Con todo, las malas condiciones laborales, el simple exceso de trabajo o los horarios excesivos no configuran un acoso moral.

Además, este tipo de acoso puede ser cometido por los pares del trabajador.

El acoso moral ha sido definido como "toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de la persona poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo".[157]

El acoso moral puede ser vertical u horizontal. El primero cuando el autor inmediato de la conducta es el empleador. El segundo cuando se trata de compañeros de trabajo o, incluso, subordinados. En estos casos el empleador puede llegar a ser indirectamente responsable por su deber legal de protección.

También podemos hablar de un acoso moral institucional y otro estratégico.[158] El primero, referido al manejo de personal y forma organizativa de la empresa que implica condiciones de trabajo estresantes. El segundo, persigue como objetivo que un trabajador considerado indeseable renuncie a su puesto de trabajo.

El acoso moral ha sido contemplado por la jurisprudencia y la legislación de países desarrollados. Por ejemplo, en Italia ha sido encuadrado por la jurisprudencia dentro de la responsabilidad contrac-

[156] VISCOMI habla de "actos perturbantes frecuentes y duraderos", cfr. VISCOMI, Antonio, "Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti", en Lavoro e Diritto, 1/ 2002, p, 57.

[157] HIRIGOYEN, op. cit. p. 19.

[158] Vid. MONTEIRO, Evelyn, "Le concept de harcèlement moral dans le code pénal et le code du travail", en Revue de Sciencie Criminelle et de Droit Penal Comparé, abril-junio 2003, Nº 2, p. 278.

tual del empleador, en base al deber de seguridad consagrado del Código Civil.[159]

En el caso de Alemania, la tutela del acoso moral se ha configurado sin una legislación especial, en base a los principios constitucionales (dignidad, libre expresión de la personalidad humana, derecho a la vida, integridad física y libertad personal, igualdad y prohibición de discriminación), y a las normas legales que establecen el deber del empleador de adoptar medidas que protejan al trabajador de eventuales peligros a su vida y salud, en la medida que lo permita la naturaleza de la prestación, así como el deber general de protección. Las sanciones se han centrado en la indemnización del daño causado.[160]

En Inglaterra también se ha recurrido a normas generales relativas a la seguridad y salud de los trabajadores, sobre molestias verbales, acerca de discriminaciones por razones sindicales, sobre derechos humanos y acoso en la Protection from Harassment Act de 1997, cuyo art. 1 dispone que una persona no puede realizar una conducta que pueda resultar molesta para otra y respecto de la cual conozca o deba conocer dicho carácter molesto. Las sanciones son bastante severas, a saber, hasta seis meses de cárcel o multa, ordenando el cese de la conducta vejatoria bajo apercibimiento de aumentar las penas. Además, la víctima podrá obtener un resarcimiento en sede civil de los daños patrimoniales y morales.[161]

Un caso muy interesante es el de Francia, donde la ley de 17 de enero de 2002 (modificada por la ley de 3 de enero de 2003), conocida como Ley de Modernización Social, contempló el acoso moral prohibiendo que se someta al dependiente a conductas reiteradas de acoso moral que tengan por objeto o efecto un deterioro tal de sus condiciones de trabajo que sea susceptible de poder lesionar los derechos o la dignidad del trabajador, alterar su salud física o mental o comprometer su futuro profesional.

[159] DEL PUNTA, Riccardo, "Il mobbing: l'iilecito e il danno", en Lavoro e Diritto, 3/2003, p. 542.

[160] Cfr. MAZZAMUTO, Salvatore, *Il Mobbing*, Milán, Giuffrè Editore, 2004, p. 16.

[161] MAZZAMUTO, op. cit. pp. 16 y 17.

Esta ley sanciona el acoso moral vertical de superiores (descendente) e inferiores jerárquicos (ascendente) y el acoso moral horizontal cometido por compañeros de trabajo y clientes o usuarios de un servicio[162] . Además, el acoso moral puede ser individual o colectivo, según sea cometido por el empleador o por un grupo de trabajadores.[163]

La legislación francesa sanciona como delito el acoso moral con penas de prisión y multa (15.000 euros en el Código Penal y 3.500 euros en el Código del Trabajo).

También se establecen medidas de prevención, como el derecho a la información, la prohibición en el reglamento interno de todas las prácticas de acoso moral, así como la obligación del empleador de adoptar las medidas necesarias para prevenir estas conductas.[164] Además, se estatuye una posibilidad de mediación, solicitado tanto por las víctimas del acoso como por el inculpado[165], con la finalidad de que las partes lleguen a un acuerdo.

La prueba se basa en indicios, ya que la víctima debe acreditar la existencia de hechos que permitan presumir un acoso moral y, una vez probado, el demandado deberá acreditar que dichas conductas no constituyen un acoso moral y que se basan en elementos objetivos extraños a todo tipo de acoso.[166]

En el caso de nuestro país no existe una legislación específica en la materia. No obstante, opinamos que sería factible demandar por acoso moral a un empleador en base al deber de protección consagrado en el

[162] El reconocimiento del acoso horizontal conlleva una "misión" preventiva y represiva, próxima al derecho penal, por vía de su potestad disciplinaria. Vid. MAZEAUD, Antoine, "Harcèlement entre salariés: apport de la loi de modernisation", en Droit Social N° 3 marzo de 2002, p. 323.

[163] MONTEIRO, op. cit., p. 279.

[164] LAPÉROU-SCHENEIDER, Béatrice, "Les mesures de lutte contre le harcèlement moral", en *Droit Social* N° 3 marzo de 2002, pp. 318 y 319.

[165] Este punto fue incorporado por la ley de 3 de enero de 2003.

[166] Este punto fue enmendado por la ley de 3 de enero de 2003, ya que la norma original sólo requería que el demandante "presentara los elementos de hecho" que hagan presumir un acoso, a diferencia de la exigencia actual de "establecimiento de los referidos hechos".

art. 184 del Código del Trabajo, así como al nuevo inciso segundo del art. 2º, agregado por la ley Nº 20.005 y que dice: "las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona". Sin duda, este precepto comprende todos los tipos de acoso, hostigamiento o asedio, tanto sexual como moral.

De comprobarse los hechos y sus consecuencias, como por ejemplo una depresión grave u otras afecciones, debiera indemnizarse el daño moral contractual de la víctima, por medio del nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales de la ley Nº 20.087.[167]

13. La libertad sindical

La libertad sindical es uno de los derechos fundamentales más importantes, reconocido tempranamente por el Convenio Nº 87 de la OIT.

La libertad sindical es una libertad civil y política. Es una libertad civil ya que consagra el derecho de los privados de reivindicar cierta autonomía en la regulación de los fenómenos sociales, así como la libertad de las agrupaciones colectivas de no ser intervenidas por el Estado y de constituir un ordenamiento normativo especial y autónomo del estatal. Es una libertad política, ya que comprende el poder de resistencia colectiva de los ciudadanos y de participación en las estructuras y funciones estatales.[168]

La libertad sindical parte de la base del reconocimiento del conflicto en las relaciones de trabajo. Su vigencia debe garantizarse a los trabajadores y empleadores frente al Estado y sus autoridades, así como respecto de sus contrapartes sociales.

La libertad sindical puede ser analizada desde una perspectiva individual y otra colectiva. La primera se relaciona con los trabajadores o empleadores individualmente considerados y la colectiva con los sindicatos una vez constituidos.

[167] Cfr. GAMONAL CONTRERAS, Sergio y PRADO LÓPEZ, Pamela, *El mobbing o acoso moral laboral*, Santiago, LexisNexis, 2006, pp. 141 y ss.

[168] VENEZIANI, Bruno, *Stato e autonomia collettiva, diritto sindacale italiano e comparato*, Bari, Cacucci, 1992, pp. 54 y 55.

A su vez, la libertad sindical individual puede ser positiva o negativa. Positiva, como la facultad de constituir un sindicato y de afiliarse a los ya formados; o negativa, como libertad del trabajador para desafiliarse o hacer abandono del sindicato, así como para no pertenecer a sindicato alguno.

Desde una perspectiva colectiva, la libertad sindical implica una serie de condiciones que permiten la realización del fin último de toda organización sindical: la defensa de los intereses colectivos de sus representados.

Podemos definir a la libertad sindical como aquel "derecho de los trabajadores y sus agrupaciones para organizarse y defender sus intereses comunes".[169] Este concepto comprende todos los atributos de la libertad sindical, tanto en perspectiva individual como colectiva e, inclusive, garantiza la actividad previa y necesaria para la constitución de sindicatos.

La tutela de este derecho fundamental se realiza por medio de las denominadas prácticas antisindicales, definidas como "toda acción u omisión que atente contra la libertad sindical, especialmente aquellas que afecten la negociación colectiva, sus procedimientos y el derecho de huelga".[170]

Según la entidad y gravedad de la medida antisindical adoptada podremos hablar de un daño moral contractual que debe ser indemnizado por medio del nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales (ley Nº 20.087).

El legislador contempla un tipo especial de tutela respecto del "despido antisindical", definido como todo despido que directa o indirectamente atenta o amenaza a la libertad sindical individual o colectiva. Esta situación se produce cuando una o más de las prácticas antisindicales o desleales establecidas en el Libro III (arts. 289 a 294 bis) o en el Título VIII del Libro IV (arts. 387 a 390), han implicado el despido de trabajadores no amparados por fuero laboral. En estos casos el despido no producirá efecto alguno (art. 294 inciso primero del Código).

[169] GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Santiago, LexisNexis, 2002, p. 60.

[170] GAMONAL op. cit. "Derecho Colectivo...", p. 498.

Se establece que el trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal o el derecho a la indemnización establecida en el art. 163, con el correspondiente recargo y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a tres meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.[171] Esta nueva indemnización responde a la noción de reparación del daño moral contractual por este despido antisindical. Aquí el legislador estatuye un mínimo y máximo, desvinculando su monto de los años de servicios.

Además, y en virtud de los nuevos arts. 294, 292 y 389, las prácticas antisindicales serán conocidas por medio del procedimiento tutela (ley Nº 20.087) y, como ya expresamos, podrá ser indemnizado el daño moral en cualquiera de estos casos. Esta nueva regulación expande la tutela de la libertad sindical más allá del despido antisindical.

Esta normativa constituye un reconocimiento expreso del daño moral contractual y del despido abusivo en materia de prácticas antisindicales.

[171] Desde la vigencia de ley Nº 20.087 (1/3/2008) la indemnización adicional fluctuará entre 6 y 11 meses.

CAPÍTULO IV
DAÑO MORAL Y TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO

14. 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.

Por otra parte, cabe advertir que con la nueva ley Nº 20.087 deberemos distinguir entre:

- Indemnización del daño moral por despido abusivo antes del 1º de marzo de 2008, e
- Indemnización del daño moral por despido abusivo desde el 1º de marzo de 2008.

La discusión acerca de la procedencia de acumular una indemnización por daño moral a las indemnizaciones por término de contrato ha quedado zanjada con la ley Nº 20.087. Con todo, estimamos conveniente mantener las reflexiones que motivaron esta parte de la obra antes de esta nueva legislación. Además, el estado anterior a esta normativa se mantiene en el caso del despido indirecto y de algunos despidos abusivos que no constituyen despido atentatorio de derechos fundamentales o discriminatorio grave, por ejemplo al despedirse sin impetrar una causal de despido. Por ello, trataremos ambas situaciones.

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, con el 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 duración indefinida y de jornada completa, siendo uno de los principios más importantes del derecho laboral el de continuidad, permanencia o estabilidad.[172]

El principio de continuidad tiene diversas manifestaciones, 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 empleador 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".[173]

Américo Plá Rodríguez precisa que la idea de estabilidad parte del supuesto de que el empleador no tiene derecho a despedir, sino cuando hay una causa justificada.[174]

[172] Sobre el principio de continuidad, ver GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Introducción al derecho del trabajo*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1998, pp. 157 y ss.

[173] 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, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 91.

[174] PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, 3ª edición actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 242.

Los derechos que contemplan las legislaciones en caso de despido arbitrario o incausado son los siguientes, pudiendo operar copulativa o conjuntamente:

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 sustitutiva 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 estima 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.[175]

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.[176]

Francisco Walker Errázuriz 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.[177]

[175] PLÁ, op. cit., pp. 242 y 243.

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

[177] WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho del trabajo y relaciones del trabajo*, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, 1989, p. 347.

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

14.1 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 (art. 161).[178]

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

1) En el contrato de trabajadores de casa particular;

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), y

3) En los cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos (art. 161 inc. 2 parte final).

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. Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:[179]

[178] La ley Nº 19.759 suprimió la alusión a la "falta de adecuación laboral o técnica del trabajador" que mencionaba el art. 161.

[179] Este numeral fue enmendado por la ley Nº 19.759.

a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;

b) Conductas de acoso sexual[180];

c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;

d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador, y

e) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña.

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.

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 –arts. 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.

[180] Esta letra fue introducida por la ley Nº 20.005.

Tanto las causales del art. 159 como las del 160 no dan derecho a indemnización legal alguna, a diferencia de las establecidas en el art. 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 período 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).[181]

La ley prohíbe invocar las necesidades de la empresa o el desahucio cuando los trabajadores gozan de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, otorgada en conformidad a las normas legales vigentes que regulan la materia, por disposición expresa del art. 161 inciso final del Código.

14.2 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

[181] Norma agregada por la ley N° 19.631. La Corte Suprema ha señalado que en este caso se produce una suspensión relativa del contrato de trabajo. Este precepto ha sido interpretado y enmendado, recientemente, por la ley N° 20.194.

indemnización equivalente a la del preaviso y a la de años de servicio con los siguientes reajustes, ya que no tenía derecho a terminar la relación laboral:[182]

a) En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del art. 161;

b) En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del art. 159 o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término;

c) En un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del art. 160.

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

Por otra parte, el nuevo art. 161 bis, agregado por la ley N° 19.759, dispone que la invalidez, total o parcial, no es justa causa para el término del contrato de trabajo. El trabajador que fuere separado de sus funciones por tal motivo, tendrá derecho a la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del art. 163, según correspondiere, con el incremento señalado en la letra b) del art. 168.

Esta norma asimila el despido por estas causales (invalidez, total o parcial) a un despido injustificado, aumentando la indemnización correspondiente en un 50%, como cuando no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término.[183]

La ley N° 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual agregó un nuevo inciso tercero del art. 168, que dice: "En el caso de las denuncias

[182] Precepto enmendado por la ley N° 19.759.

[183] Esta enmienda de la ley N° 19.759 ha sido arduamente criticada ya que pareciera un error del legislador, en el entendido de que la invalidez total o parcial, según el caso y las circunstancias, configuraba la causal de necesidades de la empresa por falta de adecuación laboral del trabajador, pero resulta exagerado prohibir el despido por esta materia derogando la falta de adecuación laboral, más aún cuando la misma ley no lo declara nulo sino que le otorga las indemnizaciones mencionadas. Por otra parte, el aumento indemnizatorio sería una medida de protección. Pero, dado el tenor literal de la norma, el art. 161 bis no se refiere a la indemnización del preaviso que sí quedaba comprendida por la falta de adecuación laboral del trabajador. Por tanto, si se despide por el art. 161 bis a un trabajador con menos de un año de antigüedad el afectado no tendrá derecho a indemnización alguna.

de acoso sexual, el empleador que haya cumplido con su obligación en los términos que señalan el art. 153, inciso segundo, y el Título IV del Libro II, no estará afecto al recargo de la indemnización a que hubiere lugar, en caso de que el despido sea declarado injusto, indebido o improcedente". El análisis de este precepto lo estudiamos al referirnos al daño moral por acoso sexual.

14.3 El despido abusivo

14.3.1 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 objetivo 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 impetrada 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[184] y la arbitrariedad implica un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho[185], 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,

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

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

en la cual se postula que por la ruptura abusiva del contrato de trabajo deben indemnizarse los perjuicios materiales y morales del trabajador.[186]

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.[187]

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. Óscar Ermida Uriarte define en forma amplia el despido abusivo como "aquel que se adopta sin justa causa o motivo justificante

[186] CAMERLYNCK G.H. y LYON-CAEN G., "*Derecho del trabajo*", Madrid, 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.

[187] GATUMEL, Denis, *Le droit du travail en France*, Paris, Éditions Francis Lefebvre, 1997, p. 205.

(o con un motivo o causa desviado, disfuncional, o antifuncional), o con mala fe o deslealtad".[188]

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.[189]

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.[190]

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 remite a unas reglas generales, una forma de actuación o similar, o por incumplir un pacto implícito de buena fe y comportamiento leal.[191]

[188] ERMIDA URIARTE, Óscar, "El concepto de despido abusivo", en Derecho Laboral, Tomo XXVII, Nº 135, julio-septiembre de 1984, pp. 509 y 521.

[189] MANGARELLI, Cristina y Rosenbaum Rímolo, Jorge, "El despido abusivo en el derecho uruguayo", en Derecho Laboral, Tomo XXXI, Nº 151, julio-septiembre de 1988, p. 529.

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

[191] GOULD IV, William B., *Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 169 y 170. Más recientemente, vid. WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *La Legislación Laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile*. Un análisis comparado, Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2003, pp. 132 a 134.

Por ejemplo, en el caso Pugh v. See´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.[192]

A continuación analizaremos la procedencia del despido abusivo en nuestro sistema.

14.3.2. El despido injustificado que deriva en un despido abusivo (antes de la vigencia de la ley Nº 20.087)

En las líneas siguientes nos referiremos al despido abusivo en las normas tradicionales de término de contrato de nuestra legislación. Sin perjuicio de que, más adelante, abordaremos la figura del despido abusivo en el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales de la ley Nº 20.087, donde cabe claramente la indemnización del daño moral laboral en sede contractual.

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 subsiste 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.[193]

[192] Ambos casos citados por GOULD IV, op. cit., p. 170.

[193] Por el contrario, un despido basado en el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato (art. 160 Nº 7) por un error de interpretación del derecho no sería

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 art. 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[194]; la libertad de opinión[195]; la libertad de conciencia[196]; la protección de la maternidad[197], y el derecho de sindicación.[198]

Continuación nota [193]

abusivo. Cfr. en este sentido la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica rol N° 9.231 de 1° de diciembre de 2003, publicada en la *Revista Laboral Chilena*, febrero-marzo de 2005, N° 134, pp. 61 y ss.

[194] 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, el artículo 8 del Convenio 156 de la OIT, de 1981.

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

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

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

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

Finalmente, el propio Código del Trabajo establece una serie de normas que claramente sustentan la procedencia de la tesis del despido abusivo en nuestro derecho.

Debe destacarse el nuevo inciso segundo del art. 2° del Código del Trabajo, agregado por la ley N° 20.005, cuyo tenor es el que sigue: "las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona". Además, el art. 2° reconoce, en su inciso primero, la "función social del trabajo".

Por su parte, la ley N° 19.759 agregó un nuevo primer inciso al art. 5°, disponiendo que "el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos".

Dicha ley reforzó el reconocimiento del principio de no discriminación, al complementar la redacción del art. 2° del Código como analizamos en párrafos anteriores. Luego, el precepto establece que estos derechos y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporados en los contratos de trabajo que se celebren.

Del mismo modo, el art. 215 establece que el empleador no podrá "despedir" a un trabajador por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales; los arts. 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, y el art. 294, enmendado por la ley N° 19.759 y recientemente reformado por la ley N° 20.087, consagró expresamente el despido antisindical.

14.3.3. El despido abusivo expresamente reconocido en el Código del Trabajo (antes de la vigencia de la ley N° 20.087)

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. 2°). 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 art. 160 y el despido fuere declarado carente de motivo plausible, la indemnización por años de servicio será aumentada en un 100% (art. 168 inc. 2°).

Por otra parte, la consagración expresa del despido antisindical, en el art. 294, implica un reconocimiento a un tipo especial de despido abusivo. A su estudio nos abocamos en el párrafo referido a la libertad sindical.

Asimismo y como explicaremos más adelante, la ley N° 20.087 consagra expresamente el despido abusivo en el procedimiento de tutela de derechos.

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[199]) creemos que obedece a una aplicación en el ámbito laboral del principio general de la buena fe objetiva, consagrado en el art. 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 Santa María 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".[200]

[199] 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, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 303 a 305.

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

[200] LÓPEZ SANTA MARÍA, op. cit., Tomo II, pp. 395 y 396.

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 poscontractuales.

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".[201]

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 ordena al juez aumentar la indemnización por años de servicio en un 100%. Como veremos en su oportunidad, esta indemnización no comprende los eventuales daños morales del despido abusivo.

14.4 El despido indirecto

Si fuere el empleador el que incurriere en determinadas causales de caducidad[202], 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[203]). 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

[201] LÓPEZ SANTA MARÍA, op. cit., Tomo II, p. 405.

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

[203] El aumento que dispone la ley es el siguiente: 50% si el empleador hubiere incurrido en la causal del art. 160 N° 7 y hasta en un 80% si hubiere incurrido en la de los N°s. 1 ó 5 del art. 160.

le sea imputable, lo cual da derecho al trabajador al pago de la correspondiente indemnización por años de servicios".[204]

La ley N° 20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual, dispone en el nuevo inciso tercero del art. 171 que cuando el empleador no hubiera observado el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, responderá en conformidad a los incisos primero y segundo del art. 171, sobre despido indirecto. El alcance de esta frase fue analizado al referirnos al daño moral por acoso sexual.

En la experiencia de otros países, por ejemplo Uruguay, la jurisprudencia ha admitido que, en casos excepcionales, el trabajador puede acumular a la indemnización por despido indirecto otra por el daño moral.[205]

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 (30%) si la aplicación de la causal ha sido improcedente.

En nuestro ordenamiento no es posible requerir el reintegro del trabajador despedido, salvo en el caso de los trabajadores con fuero[206], en el caso del despido antisindical, en la prohibición estatuida en el art. 161

[204] THAYER y NOVOA, op. cit., p. 439.

[205] MANGARELLI, Cristina, *Aplicación Supletoria del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 61.

[206] El fuero o inamovilidad laboral beneficia en nuestro país a las trabajadoras embarazadas hasta un año de finalizado su posnatal, a los padres y a las mujeres y hombres que adopten, según los requisitos legales (arts. 195 y 201), a los trabajadores que forman un sindicato, 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 (arts. 201, 195, 221, 243, 238, 229, 302, 309, 243 y 310, 274 y 283, respectivamente).

inciso final y en el despido discriminatorio grave del nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales (ley N° 20.087).

En la práctica, el sistema ha operado como de libre despido por la amplitud de las causales; las dificultades de prueba por parte del trabajador y la lentitud de los procesos judiciales.

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

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.

En los acápites siguientes analizaremos la indemnización del daño moral por término de contrato en los casos de despido abusivo, antes del 1° de marzo de 2008, fecha en que entrará en vigencia la ley N° 20.087, reservando el estudio del despido abusivo consagrado en esta ley para el párrafo 19.

15. INDEMNIZACIONES POR TÉRMINO DE CONTRATO DE TRABAJO

15.1 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 inc. 2° 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. 163 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[207]. 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

[207] 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 (arts. 165 y 166).

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 período anterior comprendido sea desde el séptimo año (art. 167).

4) Indemnización por despido injustificado: Si el juez competente declarare 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 de la forma siguiente (art. 168):

a) En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del art. 161;

b) En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del art. 159 o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término;

c) En un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del art. 160.

El mismo aumento de la letra b) corresponde en el despido por invalidez total o parcial (art. 161 bis).

5) Indemnización por despido abusivo: Si el empleador hubiere invocado las siguientes causales de caducidad del art. 160: *1. Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan: a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones; b) Conductas de acoso sexual; c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa; d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador, y e) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña; 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 se incrementará en un 100% (art. 168 inc. 2°).

6) Indemnización por despido indirecto: Si fuere el empleador el que incurriere en las siguientes causales de caducidad del art. 160: *1. Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan: a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones; b) Conductas de acoso sexual; c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa; d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador, y e) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña.; 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 50 % de incremento si se tratare de la causal del N° 7 del art. 160.

b) Hasta un 80% de aumento si se tratare de las causales de los números 1 y 5 del art. 160.

7) Indemnización adicional por despido antisindical: El nuevo art. 294 del Código, agregado por la ley N° 19.759, dispone que *si una o más de las prácticas antisindicales o desleales han implicado el despido de trabajadores no amparados por fuero laboral, éste no producirá efecto alguno*. En estos casos, el trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal o el derecho a la indemnización establecida en el art. 163, con el correspondiente recargo (30%) y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a tres meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.[208]

[208] Desde la vigencia de ley N° 20.087 (1/3/2008) la indemnización adicional fluctuará entre 6 y 11 meses.

15.2 Naturaleza jurídica

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

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.[209]

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.[210]

Alfredo 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.[211]

Siguiendo a este autor, es posible afirmar que las principales teorías sobre la naturaleza de esta indemnización son las siguientes:[212]

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

[210] PICCININI IOLANDA, "*Equitá e diritto del lavoro*", Padua, CEDAM, 1997, pp. 210 y 211.

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

[212] RUPRECHT, op. cit., "Indemnización…", pp. 474 a 478 y op. cit., "Contrato…", pp. 476 a 480.

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.[213]

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 la 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.

[213] 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*, Bari, Cacucci, pp. 286 y 287; GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto, *Il rapporto di lavoro*, BOLOGNA, Zanichelli, 1987, pp. 238 y 239; SANTORO PASSARELLI, Giusseppe, *Diritto del lavoro e della previdenza social*, 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*, Nápoles, Jovene, 1998, p. 313.

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 no existe una indemnización tarifada o forfaitaire, calculándose los perjuicios sufridos por el trabajador de acuerdo a la realidad.

Sin embargo, en aquellos sistemas con indemnización tarifada 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 necesariamente en el despido.

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.[214]

[214] KROTOSCHIN, Ernesto, *Manual de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 168 y 169. En esta línea de opinión se encuentran los italianos CARINCI, Franco, DE LUCA TAMAJO, Raffaele, TOSI, Paolo y TREU, Tiziano, en su libro "*Diritto del lavoro*" 2 Il rapporto di lavoro subordinato, Turín, UTET, 1997, p. 441.

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.

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 en 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.[215]

[215] MASCARO NASCIMENTO, Amauri, *Iniciaçâo ao direito do trabalho,* San Pablo, Editora LTr, 1997, p. 450.

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^{os} 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.[216]

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.[217]

[216] THAYER y NOVOA, op. cit., pp. 417 y 418.

[217] THAYER y NOVOA, op. cit., p. 418.

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.[218]

Luego, en 1966 se dictó la ley N° 16.455[219], que estableció 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 art. 2° las enumeraba, considerando la conclusión de 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 art. 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 período 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.

Cabe destacar que los arts. 8° y 9° de esta ley expresamente establecían que la indemnización a pagar si el empleador no readmitía al trabajador era "sin perjuicio de cualesquier otros beneficios o indemnizaciones que las leyes o contrato otorguen al trabajador". Por tanto en este caso la indemnización tarifada operaba como un mínimo que dejaba abierta la puerta a otras indemnizaciones que procedieran al tenor del derecho común.

[218] THAYER y NOVOA, op. cit., p. 419.

[219] 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.[220]

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 la norma contenida en la ley N° 18.018 había generado en la práctica.[221]

El Código de 1987 –que refundió el decreto ley N° 2.200 y las leyes N^{os} 18.018 y 18.372, entre otras normas– en sus arts. 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

[220] ULLOA ROSAS, Luis, *Régimen de terminación del contrato de trabajo*, Concepción, Universidad de Concepción, Fondo de Publicaciones, 1993, pp. 39 a 41.

[221] ULLOA, op. cit., p. 41.

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 empleador compensara el perjuicio que producía al trabajador el despido, con la cesantía subsiguiente.[222]

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 sustituirlo. Se indemnizaba el daño o perjuicio que significaba la pérdida de la fuente de trabajo, por despido injustificado.[223]

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 provisional.[224]

[222] WALKER ERRÁZURIZ, op. cit. "*Derecho del...*", p. 351.

[223] MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido, *Derecho del trabajo*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 511.

[224] MACCHIAVELLO, op. cit., p. 512.

El actual régimen indemnizatorio por años de servicio del Código de 1994 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 parte de las normas actuales (ley N° 19.010), 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".[225] Refuerza lo anterior la actual ley de seguro de desempleo, N° 19.728, que ordena en su art. 13 descontar las cotizaciones efectuadas por el empleador más su rentabilidad, diminuidos los costos de administración, del monto de la correspondiente indemnización por años de servicios.

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

[225] Citado por ULLOA, op. cit., p. 113.

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. Esta conclusión no cambia por los aumentos indemnizatorios contemplados en la ley Nº 19.759, toda vez que su cálculo sigue basándose en los años de servicios.

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 Nº 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[226], posibilidad no contemplada en la actual normativa.

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).

[226] THAYER y NOVOA, op. cit., p. 456.

Se señalaba que, en este caso, el empleador incurría en un error de buena fe al aplicar la causal[227], 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 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".[228]

Además, el Código establecía una "indemnización especial" para el caso de "invocación maliciosa" de ciertas causales de particular gravedad[229] 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.[230]

[227] MACCHIAVELLO, op. cit., p. 530.

[228] Ibídem.

[229] Eran las causales de falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada contempladas en el artículo 156 Nº 1, y por la comisión de una serie de actos delictivos detalladamente enumerados en el artículo 157.

[230] 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 Ministro del Trabajo de la época en que se aprobó la ley Nº 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".[231]

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".[232]

Aplicando estas normas –provenientes de la ley Nº 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.[233]

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 imputado fue absuelto en sede criminal. En efecto, esta Corte 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.".[234] Sin embargo, la Corte Suprema fue 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 acreditado en el proceso respectivo.[235]

Similar criterio expresó la Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, en mayo de 1988.[236]

Comentando el fallo de la Excma. Corte de fecha 29 de agosto de 1984, Farren Paredes explica que si bien pueden existir dudas en la causal de falta de probidad, no ocurre lo mismo con las del art. 157 (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.[237]

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.[238]

[231] THAYER y NOVOA, op. cit., p. 436.

[232] Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de enero de 1984, citado por FARREN PAREDES, Raúl, *Terminación del contrato de trabajo*, Santiago, Ediar-ConoSur, 1988, p. 43.

[233] Fallo citado por MORAGA NEIRA, René, en Consulta laboral, legislación laboral y previsional, Pronam.

[234] Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, t. LXXXII, Nº 2, 1984, parte II, sección III, p. 61.

[235] Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, t. LXXXII, Nº 2, 1984, parte II, sección III, p. 60.

[236] Fallo citado por MORAGA NEIRA, René, en Consulta laboral, legislación laboral y previsional, Pronam.

[237] FARREN, op. cit., p. 44.

[238] Revista Gaceta Jurídica, año XIII, 1988, Nº 94, pp. 86 y 87.

La sentencia de primera instancia expresó que los razonamientos que dieron lugar a no tener por acreditado 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 art. 14 del D.L. N° 2.200, en perjuicio del actor".[239]

En el actual Código de 1994, se ha mantenido sólo en parte el esquema de los arts. 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 entre un 30% y un 80%, según el caso (art. 168).

Si el empleador hubiere invocado las causales de caducidad establecidas en los números 1, 5 ó 6 del art. 160 y el despido fuere declarado carente de motivo plausible, la indemnización por años de servicio se incrementará en un 100 % (art. 168 inciso segundo), 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 los distintos aumentos dispuestos por el legislador.

Si el despido es declarado "carente de motivo plausible" y se trata de ciertas causales de especial gravedad para el trabajador, se configura

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

un despido abusivo y la ley obliga al juez a aumentar el monto de la indemnización por años de servicio en un 100%. 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.

La conclusión anterior no se ve afectada por los aumentos en los montos de indemnización, dispuestos por la ley N° 19.759 en los casos de despido injustificado, abusivo o improcedente y cuando el empleador no paga la respectiva indemnización (arts. 168 y 169 letra a, del Código del Trabajo, respectivamente), ya que todo el sistema se basa en la antigüedad del trabajador según la tarifa por años de servicio que dispone el legislador.[240]

Tanto es así que, por ejemplo, un trabajador 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 un 100%, 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 art. 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 tra-

[240] No obstante, se ha sostenido que la indemnización por despido injustificado tiene una finalidad reparatoria y su forma de cálculo implicaría una suerte de límite impuesto por ley. En este contexto, si el trabajador acredita daños por un monto mayor, debería imputar a dicho valor lo que haya recibido previamente a título de indemnización laboral. Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 255 y 256.

bajo 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 50% y hasta en un 80% 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.[241]

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 50% elevable hasta de un 80%, según el caso. Esta conclusión no se ve afectada por los aumentos en los montos de indemnización, dispuesto por la ley N° 19.759 para el despido indirecto, (art. 171), ya que todo el sistema se basa en la antigüedad del trabajador.

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.

5) Indemnización adicional por despido antisindical: Como manifestamos en su oportunidad, el art. 294 del Código establece que si una o más de las prácticas antisindicales o desleales del empleador han implicado el despido de trabajadores no amparados por fuero laboral, éste no producirá efecto alguno.

En estos casos, el trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal o el derecho a la indemnización establecida en

[241] MACCHIAVELLO, op. cit., p. 535.

el art. 163, con el correspondiente recargo (30 %) y, adicionalmente, a una indemnización especial que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a tres meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.[242]

Esta norma, incluida por la ley N° 19.759, reconoce expresamente en nuestra legislación del despido antisindical, como una especie de despido abusivo. El trabajador podrá optar entre la reincorporación o el pago de la respectiva indemnización, más una indemnización adicional especial, determinada por el juez y cuyo monto oscila entre un tope mínimo equivalente a tres remuneraciones mensuales del trabajador despedido y un monto máximo de once remuneraciones mensuales.[243]

La naturaleza de esta indemnización adicional es más cercana a una real evaluación de los perjuicios ya que el juez puede determinar su monto dentro de los topes que establece la ley. Por tanto, estimamos que su naturaleza jurídica obedece a la reparación de los perjuicios causados con el despido antisindical, lo cual obviamente incluye también el daño moral.

Consideramos que esta indemnización no es una simple tarificación por antigüedad, ya que permite al juez apreciar el daño producido, especialmente el moral, consagrándose una tarifa abierta con un mínimo y tope. De esta forma, el legislador fija un piso y un tope dentro del cual evaluar los daños, recogiendo la experiencia de otros países en los que se ha evaluado el daño moral laboral por medio de la tarifa legal por años de servicios. En el mismo sentido, Barros señala que en derecho civil la indemnización del daño moral está sujeta a condiciones de responsabilidad diferente que la patrimonial, pudiendo el legislador estatuir criterios razonables para limitar la indemnización, mencionando jurisprudencia en este sentido de los tribunales constitucionales italiano y español.[244]

[242] Desde la vigencia de ley N° 20.087 (1/3/2008) la indemnización adicional fluctuará entre 6 y 11 meses.

[243] Vid. nota anterior.

[244] BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 253 y nota 112.

16. TEORÍAS ACERCA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR TÉRMINO DEL CONTRATO

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, existen 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 art. 168 inc. 3° y el despido indirecto.

Respecto del despido antisindical, opinamos que la indemnización complementaria a la que puede optar el trabajador y cuyo monto es determinado por el juez, entre tres y once meses de sueldo, cubre los eventuales perjuicios del daño moral en dicho despido.[245]

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.[246]

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:[247]

a) Si existen motivaciones antijurídicas, espurias o persecutorias.

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

[245] Desde la vigencia de ley N° 20.087 (1/3/2008) la indemnización adicional fluctuará entre 6 y 11 meses.

[246] MANGARELLI, op. cit., "Daño moral…", p. 106.

[247] 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.

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 contrato, caso en el cual, y en atención a su gravedad, será posible poner término a la relación de trabajo 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.[248]

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.[249]

En parte, la ley N° 20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual, reconoce esta situación al disponer, en el nuevo inciso final del art. 171, que si el trabajador hubiese invocado la causal de la letra b) del número 1 del art. 160, falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiese declarado su demanda carente de motivo plausible, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado.

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. Una situación distinta es la del despido antisindical, cuya indemnización adicional cubre, en principio, el daño moral causado.

[248] ÁLVAREZ CHÁVEZ, Víctor Hugo, *Regímenes indemnizatorios del despido*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1988, p. 102.

[249] DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 130.

Respecto de la posibilidad de acumular una indemnización por daño moral a la tarifada establecida por ley, se distinguen diversas opiniones en doctrina:[250]

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 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

[250] Ver MANGARELLI, op. cit., "Daño moral…", pp. 73 a 97; MARTORELL, Ernesto E., *Indemnización del daño moral por despido*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª ed., 1994, pp. 145 y ss.; VÁZQUEZ VIALARD, op. cit., pp. 718 y ss., y PIZARRO op. cit., pp. 588 y ss.

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.

Américo Plá 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.[251]

Se ha sostenido, por otra parte, que debe repararse el daño moral cuando se produce por actos diferentes del despido, los cuales importan incumplimientos contractuales o actos ilícitos. Se trata de actos del empleador que pueden ser previos, simultáneos o posteriores al despido.

Pizarro 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.[252]

Ackerman 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.[253]

[251] Citado por MANGARELLI, op. cit., "Daño moral…", p. 86.

[252] PIZARRO, op. cit., pp. 602 y 603.

[253] Citado por MANGARELLI, op. cit., "Daño moral…", p. 93.

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.

17. Procedencia y fundamento (antes de la vigencia de la ley Nº 20.087)

Por término de 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. 3º) y el despido indirecto. Un cuarto caso es el del despido antisindical, al cual ya nos referimos anteriormente.

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. Esta situación no se encuentra cubierta en la nueva ley Nº 20.087.

Generalmente en el despido abusivo del art. 168 inc. 2º y en el despido indirecto, procederá la indemnización del daño moral por la entidad de las situaciones que configuran dichas causales, a diferencia del despido injustificado donde sólo en algunos supuestos podrá configurarse un despido abusivo.

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, provocando 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 haber hecho un reclamo a la Dirección del Trabajo, por haberse negado a trabajar horas extraordinarias, por sus ideas políticas, por motivos discriminatorios basados en la raza, color, sexo, religión, nacionalidad u origen social, etc.

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

Barbagelata 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.[254] Las sensaciones de disgusto, ira, contrariedad, indignación, etc. del trabajador, no dan lugar por sí solas a la obligación de reparación.[255]

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 ruptu-

[254] Citado por MANGARELLI, op. cit., "Daño moral...", p. 85.

[255] MANGARELLI y CASTELLO, op. cit., p. 263.

ra abusiva del contrato de trabajo sea una situación excepcional, aplicable en limitadas ocasiones.[256]

En efecto, para que podamos hablar de un derecho a reparación no basta que exista una aflicción, dolor o humillación, sino que debe haber un bien jurídico sobre el cual el afectado tiene un interés jurídicamente protegido.[257] Carmen Domínguez señala a este respecto que: "La infracción del contrato supone siempre molestias o desagrados, pero ello no significa que éstos puedan y deban ser indemnizados como daño moral. Por el contrario, sólo debe ser resarcido por vía contractual el perjuicio extrapatrimonial producido a resultas del incumplimiento y no ocasionalmente por él".[258 -259]

[256] 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". Por otra parte, la doctrina civil argentina ha precisado que "...el daño moral contractual no puede ser el efecto común en la psiquis de una frustración, un crédito no satisfecho, una deuda no saldada. Debe tener una particular entidad, gravedad o jerarquía. De ahí que deba ser probado; y que el juez tenga un gran margen en la apreciación sobre su responsabilidad. De lo contrario, todo incumplimiento, sea de la prestación que fuere, total o parcial, o mero retardo, o cumplimiento irregular, inoficioso o viciado, desencadenaría la responsabilidad por agravio moral. Y ello no es el fin querido, pues para compensar esos perjuicios está la indemnización del daño material. Así, con semejante amplitud, se convierte en un plus indemnizatorio, en una fuente de enriquecimiento. En un daño moral de pura ficción y no de realidad.". Mosset Iturraspe citado por DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, op. cit., "*El Daño...*", tomo 1, pp. 465 y 466.

[257] Zannoni citado por DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, op. cit., "*El Daño...*", tomo 1, p. 59. Este autor señala, por ejemplo, que si se presencia cómo un conductor atropella desaprensivamente a un peatón en la vía pública, no se puede demandar ningún tipo de indemnización por más que se haya experimentado dolor por ese hecho si no se acredita la titularidad de algún interés jurídico en la conservación de la vida de esa persona.

[258] DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, op. cit., "*El Daño...*", tomo 1, p. 355.

En el mismo sentido, CORRAL TALCIANI expone el principio de tolerancia del daño ínfimo, en el sentido de que la reparación integral del daño alude a un perjuicio que tenga cierta entidad mínima proporcional a la actividad que deberá realizarse para lograr su reparación. Este autor cita como ejemplos las relaciones de familia y de vecindad, donde el solo hecho del actuar humano implican cierto malestar o perjuicio inevitables. En materia de daño ambiental, el artículo 2° e) de la ley N° 19.300 establece que el daño que hace exigible la responsabilidad ambiental sea significativo. Cfr. CORRAL TALCIANI, op. cit., pp. 146 y 147.

[259] En esta materia, cabe destacar que la jurisprudencia nacional ha hecho presente que una errónea interpretación del derecho en materia laboral no justifica una indemni-

Respecto de nuestro ordenamiento laboral, opinamos que la acumulación de una indemnización por daño moral con la establecida por el Código para el despido injustificado que deriva en un despido abusivo, para el despido abusivo del art. 168 inc. 2° o para el despido indirecto, es plenamente procedente por las siguientes razones:

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

La Carta Fundamental comprende el daño moral en sus arts. 19 N° 7° letra i) y 38.[260]

Además, nuestra Ley Fundamental en su art. 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 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 art. 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 art. 6 y dispone en el art. 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.".

Continuación nota [259]

zación del daño moral. Cfr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica rol N° 9.231 de 1° de diciembre de 2003, publicada en la *Revista Laboral Chilena*, febrero-marzo de 2005, N° 134, pp. 61 y ss.

[260] 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.

Asimismo, el Pacto de San José de Costa Rica en sus arts. 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 art. 11 establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

La doctrina civil concluye en base a 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 art. 20 de la Ley Fundamental.

Finalmente, 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 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.

2) Recientemente, la ley N° 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, estableció que el trabajador afectado por una falta de probidad o acoso sexual (art. 160 N°s. 1 y 2 del Código) podrá reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción por despido indirecto, las otras indemnizaciones a que tenga derecho (nuevo inciso segundo del art. 171). ¿Cuáles serán estas otras indemnizaciones? Las indemnizaciones por daño patrimonial y moral que correspondan.

Este precepto reconoce en forma expresa la procedencia de indemnizaciones complementarias a las laborales por término de contrato, como es el caso del daño moral. Lo mismo ocurre en el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales de la ley N° 20.087.

3) 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, especialmente consagrado en nuestra Constitución Política al establecer la libertad de trabajo y su protección (art. 19 N° 16°).

4) Tanto la indemnización por años de servicio como la por despido injustificado, abusivo del art. 168 inc. 2° 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 en el caso del despido injustificado y estableciéndose una sanción (recargo de un 100%) 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 50% hasta un 80%).

5) 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 poco razonables.

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.

6) 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 un 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.

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

El art. 176 del Código del Trabajo dice lo siguiente: "La indemnización que deba pagarse en conformidad al art. 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 arts. 164 y siguientes". El inciso segundo del art. 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.

Somos partidarios de la opinión contraria, por las razones que expondremos a continuación:

a) El art. 176 se refiere a la indemnización del art. 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 arts. 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 se establece en el citado art. 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 poco razonable 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 en esta obra.

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 art. 176, nos encontraríamos ante situaciones poco razonables. 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 art. 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.[261]

Un ejemplo de equivalentes no pecuniarios nos lo da la legislación sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo donde se establece el derecho de aclaración y rectificación para los afectados en su honor en un medio de comunicación social.[262] 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.[263]

---

[261] DIEZ SCHWERTER, op. cit., p. 245.

[262] Ley N° 19.733, arts. 16 y ss.

[263] DIEZ SCHWERTER, op. cit., p. 106.

De aceptarse la incompatibilidad del art. 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) Si se concluyere que la incompatibilidad del art. 176 comprende la indemnización del daño moral sería forzoso deducir la inconstitucionalidad de esta norma.

En efecto, en este acápite nos hemos referido 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).

En esta línea Court expresa que los sistemas tarifados de responsabilidad serían constitucionales en el entendido que el afectado pueda obtener la reparación integral del daño conforme al derecho común.[264] En caso contrario, la tarifa legal vulneraría la igualdad ante la ley, la igual protección en el ejercicio de los derechos que la Constitución establece y el derecho a la integridad física y psíquica de las personas. Estamos de acuerdo con este autor en el caso de las tarifas fijas. Por el contrario, con las tarifas abiertas la situación cambia, como hemos sostenido respecto del daño moral y como veremos en el capítulo 19.

g) Por último, la ley N° 20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual, contempla en el nuevo inciso segundo del art. 171 la posibilidad de que el trabajador afectado pueda reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción por despido indirecto por falta de probidad o acoso sexual, las otras indemnizaciones a que tenga derecho. En consecuencia, en estos casos el legislador admite expresamente la indemnización del daño moral contractual al finalizar el contrato por

[264] COURT MURASSO, Eduardo, "Indemnización del Daño Moral por Despido Injustificado", en *Derecho de Daños*, Santiago, LexisNexis ConoSur, 2002, p. 223.

autodespido del trabajador. Asimismo, la ley N° 20.087 contempla la indemnización del daño moral contractual. Estas enmiendas recientes refuerzan la tesis de esta obra.

Por las razones expuestas creemos que una indemnización por daño moral por término de contrato de trabajo es procedente en nuestro país, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1) Que el término del contrato se produzca por un despido injustificado que derive en un despido abusivo; un despido abusivo del art. 168 inc. 2 o por un despido indirecto, y

2) Que exista un daño moral indemnizable, esto es, de cierta entidad, distinto del que normalmente se produce por el término de la relación laboral.

Lo anterior, sin perjuicio de lo que señalamos acerca del despido antisindical y lo que expondremos acerca de la ley N° 20.087.

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.[265]

18. 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, son pocas las sentencias de daño moral por término de contrato de trabajo.

Un primer caso fue el sentenciado por la Corte de Apelaciones de Concepción, de 12 de diciembre de 1997, en la causa Florencio Céspedes Ortiz con Banco del Estado[266], por un despido por falta de probidad

[265] FERRARI citado por MARTORELL, op. cit., p. 227.

[266] 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.

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 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 art. 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 art. 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 este fallo es de gran trascendencia y que constituye un importante precedente en materia de daño moral por término de contrato.

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 todos los fundamentos explicados en esta obra.

En otra causa de fecha 12 de julio de 2001[267], la Excma. Corte Suprema acogió un recurso de casación en la forma en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, por contener decisiones contradictorias al condenar por despido injustificado y ordenar el pago de las indemnizaciones propias de tal declaración y, al mismo tiempo, imponer el pago de las remuneraciones correspondientes a la duración del fuero, lo que presupone la nulidad del despido.

Además, tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia habían condenado al pago de una indemnización por el daño moral.

En la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema, se hace expresa referencia a la indemnización del daño moral, rechazando su procedencia en materia laboral por estimar que la indemnización por años de servicio compensa "la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente de trabajo, aun cuando tal sufrimiento no esté explícitamente contemplado por el legislador" (considerando 11°).

Agrega el fallo que la indemnización por años de servicio busca una reparación del daño con carácter objetivo, sin conexión real con el efectivo perjuicio producido, presumiéndose que el mismo siempre se pro-

[267] Comentada en GAMONAL CONTRERAS, Sergio, "El daño moral por término del contrato de trabajo: notas a una sentencia de la Excma. Corte Suprema", Revista Laboral Chilena Nº 101, noviembre 2001, pp. 74 y ss.

duce tanto en el campo laboral como afectivo inmaterial. En cuanto al importe de la indemnización, añade que no se ciñe a la valoración específica de los daños ocasionados, sino que alcanza un valor tasado y predeterminado por ley (considerando 12°).

En esta sentencia se sostiene la tesis contraria a la procedencia de reparación del daño moral en materia laboral, por considerar que la indemnización tarifada comprende una evaluación anticipada, por parte del legislador, de todos los perjuicios. No obstante, estimamos que este caso no constituía un despido abusivo y, en este contexto, no se contrapone a lo expuesto en esta obra.

En efecto, en primer lugar se trataba de un despido por incumplimiento grave del contrato y en ningún momento del juicio el trabajador despedido probó que se tratara de un despido abusivo. Aún más, el trabajador sostuvo estar amparado por fuero laboral, por ser representante de los trabajadores en el Comité Paritario de Higiene y Seguridad, y en el proceso se demostró que era el representante del empleador en dicho Comité.

En este contexto, de un término de contrato por causal de caducidad donde no está probado el despido abusivo, efectivamente no procede una indemnización complementaria por daño moral, al tenor del "principio de la extraordinariedad", explicado en acápites anteriores.

Por ello, compartimos plenamente lo expresado en la sentencia de reemplazo por el ministro Libedinsky, quien concurrió a la revocatoria parcial precisando que las indemnizaciones derivadas del despido injustificado no excluyen que, en casos especiales, si se prueban perjuicios extraordinarios, como lo sería el daño moral experimentado por el trabajador abusivamente despedido, pueda reconocerse una indemnización adicional, no prevista especialmente por la ley laboral. Lo anterior, agrega, no resulta procedente en este caso, ya que no se han acreditado perjuicios excepcionales por concepto de daño moral y, por el contrario, los demostrados no son distintos o mayores que los sufridos por cualquier empleado despedido injustificadamente.

Otra sentencia de interés es la del caso Ortega de la Cruz con Distribuidora de Materiales de Fijación S.A. (DIMAFI S.A.), en una demanda por despido injustificado en el Sexto Juzgado Laboral de Santiago (Rol L-1.670-2000).

El actor expresa que se desempeñaba como Jefe de Ventas del demandado y que fue despedido por "Falta de probidad, vías de hecho, injurias y conducta inmoral grave" sin que se expresara las conductas en que habría incurrido, dejándolo en la más completa indefensión al desconocer la causa real de la terminación.

En su demanda, el trabajador despedido solicita, además, la indemnización del daño moral en sede laboral, "fundado en que el empleador utilizó para el despido una de las causales más graves contemplada por el legislador sin señalar en qué conductas personales específicas fundaba tales imputaciones, lo que demuestra una motivación antijurídica, con especial intención de dañar, ya que conociendo su trayectoria laboral y el cargo que desempeñaba sabía el grave daño que produciría la aplicación de una causal tan grave como la aplicada".

Agrega que la causal imputada le ha producido serios perjuicios al tratar de encontrar trabajo, afectándose su estabilidad psicológica y debiendo recurrir a un tratamiento médico especializado.

El demandado explicó que el trabajador cometió apropiación indebida de dineros cobrados a clientes por el pago de facturas y que no ingresó a la contabilidad, infiltrándose en el archivo computacional de la empresa para hacer figurar como pagadas estas obligaciones.

La sentencia precisa que consta en autos que la comunicación de despido al trabajador era incompleta al no expresar las causales invocadas, "única forma de que el subordinado esté en condiciones de preparar su defensa, desconocerlos, impugnarlos o refutarlos".

Agrega el fallo que tampoco allegó el demandado prueba alguna en orden a acreditar la efectividad de la causal invocada, obrando en autos sólo las pruebas aportadas por el actor. Por otra parte, uno de los testigos declaró que al día siguiente del despido la empresa se encargó de avisarle a las empresas constructoras que el actor había cobrado dineros indebidos a los clientes.

Además, se precisa que en certificado del 19° Juzgado del Crimen si bien se da cuenta de la querella criminal contra el demandante, no se establece la etapa en que se encuentra el juicio ni que se haya sometido a proceso o condenado al actor.

El demandante, por su parte, adjuntó certificados de empresas donde consta que no lo han contratado por sus antecedentes laborales.

La sentencia de primera instancia condenó al demandado al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y al pago de una indemnización por daño moral por la suma de 1.500.000 pesos, al estimar que la gravedad de la causal y su aplicación injustificada (no se acreditaron los hechos invocados), además de la conducta de la empresa al difundir los motivos del despido para que no encontrara trabajo, han debido producirle al trabajador sufrimiento y menoscabo que debe ser resarcido. Se tuvo presente, además, la documentación adjuntada por el actor, relativo a las empresas que no lo contrataron por sus malos antecedentes laborales.

Por último, debemos agregar que se condenó en costas a la empresa.

En la segunda instancia, la quinta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó esta sentencia, el 17 de abril de 2002. Este fallo no fue objeto de recursos de casación.

Si bien esta sentencia no fue impugnada ante la Corte Suprema, es de mucho interés ya que condena en sede laboral a la empresa, estimando que se trata de responsabilidad contractual. Sin duda se trata de un despido abusivo al tenor de lo probado en el proceso.

Por último, citaremos un cuarto caso con sentencia de término de la Corte Suprema de 24 de julio de 2003 (N° de ingreso 1.726-02).

Se trata de la causa Retamal García con Comercial Automotora del Maule S.A. (COMAULE), donde el actor fue despedido por falta de probidad por haber supuestamente adulterado y falsificado órdenes de compra de combustible, obteniendo con ello ganancias ilícitas.

La empresa fue condenada por despido injustificado y debió cancelar las indemnizaciones del caso. Posteriormente, se presentó una demanda civil de indemnización de perjuicios, en base al aviso de despido y a las actuaciones de la demandada ante la Inspección del Trabajo y durante el proceso laboral, imputando hechos y profiriendo expresiones y afirmaciones en deshonra, descrédito o menosprecio del trabajador.

El demandante precisó que le fueron atribuidos delitos perseguibles de oficio pero falsos y que fue objeto de expresiones deshonrosas por parte de la empresa, sin que se haya probado la veracidad de lo afirmado, obrando, a lo menos, culposamente.

La demandada citó el art. 2331 del Código Civil en el sentido de que las imputaciones injuriosas contra el honor o 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. Agrega que la indemnización del daño moral procede sólo si el juez penal ha declarado previamente que las imputaciones fueron injuriosas.

El actor replicó que la responsabilidad demandada es extracontractual y que el art. 2331 del Código Civil no obsta a la reparación del daño moral ocasionado por las imputaciones injuriosas lesivas al honor, que emana directamente de la Constitución Política. Incluso agrega que podría estimarse inconstitucional dicho precepto. Con todo, explica que el referido art. 2331 debe ser interpretado en forma restrictiva por ser una excepción al principio general del art. 2329.

La sentencia de segunda instancia, de la Corte de Apelaciones de Talca, precisó que la empresa atribuyó al actor la comisión de hechos constitutivos de delito y empleó en su contra expresiones que atentan a su honra.

Agregó que la parte demandada no acreditó en sede laboral la efectividad de tales imputaciones y tampoco en la sede civil, y que se encuentra probado el menoscabo moral del trabajador, por la angustia psíquica y menosprecio de su persona al ver su honor mancillado con tales imputaciones.

La Corte estima que la imputación de un ilícito penal perseguible de oficio y no acreditado en sede judicial, constituye un cuasidelito civil que ocasionó un daño moral extracontractual al demandante, fijándose prudencialmente su reparación en 5 millones de pesos.

La sentencia agrega que el art. 2331 del Código Civil es excepcional y debe interpretarse en forma restrictiva, sin perjuicio de que en la especie no sólo se trata de imputaciones injuriosas sino también calumniosas, las cuales, al ser falsas, justifican plenamente la aplicación de la sanción civil. Precisa, además, que el honor y la integridad psíquica son derechos subjetivos fundamentales y que la empresa actuó en forma negligente y temeraria al imputar a su trabajador conductas que iban en menosprecio de su persona sin haberlas acreditado.

Por último, aclara que no es necesario declarar penalmente la existencia de un delito de calumnia para reclamar del autor del mismo su responsabilidad civil o contractual.

Luego, la Excma. Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo y confirmó la sentencia de segunda instancia, reduciendo la indemnización por daño moral a 2.500.000 pesos. Hizo presente que el fallo dio por sentado cada uno de los requisitos que determinan el cuasidelito civil que se sancionó, siendo innecesaria una declaración previa de responsabilidad penal por los mismos hechos.

Estas sentencias constituyen un gran avance por reconocer la posibilidad de indemnizar el daño moral por término de contrato, cuando el despido es abusivo, ya sea en sede extracontractual o contractual.

Por el momento predomina la tesis de la responsabilidad extracontractual, a diferencia de la tesis que postulamos en esta obra y que estimamos justifica una revisión del tema en sentencias futuras.

19. EL DESPIDO ABUSIVO EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS DE LA LEY Nº 20.087 (DESDE LA VIGENCIA DE LA LEY Nº 20.087).

Como analizamos en el párrafo 6, en el procedimiento de tutela de derechos se regula el despido abusivo (art. 489).

Se trata del caso cuando la vulneración de los derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido. En consecuencia, si se produce un despido por cualquiera de las causales de los arts. 159, 160, 161 y 161 bis y en este acto se transgrede un derecho fundamental podrá accionarse por esta vía. En nuestra opinión, se consagran dos figuras: el *despido atentatorio de derechos fundamentales* y el *despido discriminatorio grave*. El legislador en el art. 485 precisó de qué derechos fundamentales se trata:

- A la vida, integridad física y psíquica, siempre que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral
- Vida privada
- Honra
- Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada
- Libertad de conciencia y culto
- Libertad de opinión
- Libertad de trabajo
- Derecho a la no discriminación laboral

En estas situaciones la legitimación activa corresponderá, en forma exclusiva, al trabajador afectado y la denuncia deberá interponerse dentro del plazo de sesenta días contados desde la separación, sin perjuicio de que se suspenderá cuando, dentro del mismo, el trabajador interponga un reclamo por cualquiera de las causales indicadas, ante la Inspección del Trabajo respectiva. El plazo seguirá corriendo una vez concluido este trámite ante dicha Inspección. No obstante lo anterior, en ningún caso podrá recurrirse al tribunal transcurridos noventa días hábiles desde la separación del trabajador.

Una vez finalizado este procedimiento y cuando se haya desestimado la denuncia, el trabajador podrá solicitar que el despido sea calificado como injustificado, indebido o improcedente, según las normas generales del art. 168. Para estos efectos, el plazo comenzará a regir luego de quedar ejecutoriada la sentencia denegatoria de despido atentatorio a los derechos fundamentales (arts. 489 y 448 inciso segundo). Por el contrario, si la denuncia es acogida no procede la solicitud posterior de despido injustificado, ya que en el procedimiento de tutela el juez ordenará los pagos indemnizatorios correspondientes incluidos los recargos del art. 168. El juez podrá requerir, además, el informe de fiscalización a la Inspección del Trabajo acerca de los hechos denunciados, según el art. 486.

En todos estos casos se configura una hipótesis especial de despido abusivo, el *despido atentatorio de derechos fundamentales*. Se trata de despidos que vulneran cualquiera de las garantías ya citadas, como por ejemplo, cuando se despide a un trabajador por sus creencias religiosas, por las opiniones que ha manifestado en la prensa, por una falsa imputación que afecte su honra, por su orientación sexual, etc. Otro despido de este tipo es el despido antisindical al cual ya nos referimos en su oportunidad.

Estas hipótesis de despido abusivo son más amplias que las del despido atentatorio de derechos fundamentales, aunque éste quede incluido en el primero. Por ejemplo, cuando el empleador no invoca una causal de despido hemos estimado que se trata de un despido abusivo en el cuerpo de esta obra, pero, en principio, no es un despido atentatorio de derechos fundamentales. Los efectos de este despido atentatorio de derechos fundamentales serán los que siguen:

- El juez decretará el pago de la indemnización del inciso cuarto del art. 162 del preaviso.

- El juez decretará el pago de la indemnización del art. 163, de años de servicios.
- El juez decretará el pago de los recargos del art. 168.
- El juez fijará una indemnización adicional no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Por lo tanto, aceptado el despido atentatorio de derechos fundamentales el legislador lo considera injustificado según las reglas generales del art. 168, y además se sanciona al empleador con una indemnización extra con piso de seis y tope de once remuneraciones como máximo, y que es fijada incidentalmente por el juez laboral. Esta indemnización es por el daño material y moral causado al afectado, en especial por este último rubro dado que se trata de derechos fundamentales con una importante incidencia en los intereses extrapatrimoniales del trabajador. En total, por ejemplo, un trabajador con once años de antigüedad despedido por la causal del art. 160 N° 1 que sea declarada carente de motivo plausible podría obtener una indemnización de 34 remuneraciones: 1 por el preaviso, 11 por años de servicio, 11 por el recargo en un 100% del art. 168 inciso segundo y 11 por la indemnización adicional.

Parte de la doctrina estima que la indemnización adicional es una indemnización sancionatoria y que, por ende, quedaría pendiente la indemnización del daño moral producido.[268] Por el contrario, opinamos que esta indemnización no es una simple tarificación por antigüedad, sino que deja un margen de apreciación importante al juez de la causa, acerca del daño producido, especialmente el moral. Es una tarifa abierta con un mínimo y tope. De esta forma, el legislador fija un piso y un tope dentro del cual evaluar los daños, recogiendo la experiencia de otros países en los que se ha evaluado el daño moral laboral por medio de la tarifa legal por años de servicios. La norma del nuevo procedimiento, en nuestra consideración, supera el test de constitucionalidad y da seguridad jurídica al empleador.

En el mismo sentido, como hicimos presente respecto del despido antisindical, en derecho civil la indemnización del daño moral está suje-

[268] UGARTE, op. cit. "La tutela de derechos...", p. 129.

ta a condiciones de responsabilidad diferente que la patrimonial, pudiendo el legislador consagrar criterios razonables o baremos para limitar la indemnización, como ha ocurrido, por ejemplo, en Italia y España.[269]

La otra figura que se consagra en este nuevo procedimiento es el *despido discriminatorio grave*. En estos casos, el despido es declarado discriminatorio por haber infringido el inciso cuarto del art. 2º del Código del Trabajo y, además, es calificado como grave por resolución fundada. Si no es grave pero sí discriminatorio, el despido es solamente atentatorio de derechos fundamentales y se rige por los efectos ya explicados.

Un despido es discriminatorio cuando efectúa distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Además, el despido discriminatorio deberá ser grave, o sea el juez deberá sopesar los elementos fácticos de la discriminación, valorando el peso y entidad del daño provocado, como puede ser el caso del despido de un trabajador enfermo de VIH cuya fuente de ingreso es vital para la continuación de su tratamiento.

El despido discriminatorio grave es un despido nulo y por ello el trabajador tiene las siguientes opciones:

- Opción 1: reincorporarse a la empresa, y
- Opción 2: preferir el pago de la indemnización del inciso cuarto del art. 162 del preaviso, de la indemnización del art. 163, de años de servicios, con los recargos del art. 168, además de la indemnización adicional que determine el juez no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Respecto de la opción 2, pueden hacerse los mismos comentarios que en el caso del despido atentatorio de derechos fundamentales.

[269] BARROS BOURIE, op. cit., p. 253 y nota 112.

En estos dos tipos de despido abusivo se comprende expresamente la indemnización del daño moral laboral contractual. Estimamos que la mayoría de las acciones se desarrollarán por esta vía. Un vacío importante es la aplicación de este procedimiento al despido indirecto por acciones del empleador atentatorias a derechos fundamentales. En estos casos será más recomendable para el trabajador primero accionar por el procedimiento de tutela requiriendo como medida cautelar la suspensión de los efectos del acto impugnado (art. 492) y su separación transitoria de la empresa (suspensión del contrato de trabajo, arts. 491 y 444) y después solicitar el despido indirecto.

Capítulo V
Daño moral poscontractual

20. Las obligaciones una vez finalizado el contrato

Una vez finalizado el contrato pueden darse situaciones en las que se produce un daño moral para cualquiera de los ex contratantes.

Se trata, por ejemplo, del ex empleador que agravia al ex trabajador durante el juicio laboral, o del ex empleador que elabora listas negras o desacredita al ex trabajador ante las empresas del rubro.

Además, puede darse el caso de ex trabajadores que atenten contra el buen nombre o imagen de la empresa, caso en el cual puede producirse un daño moral.

Estas situaciones se regirán por las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Una tesis más amplia 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[270].

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 su-

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

puestos el contrato de trabajo se encuentra extinguido. En este mismo sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia[271].

21. JURISPRUDENCIA

Sólo disponemos de un caso en este sentido. Se trata de la 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 esta causa se condena al Banco 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 (en 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 2º).

Estimamos de enorme interés esta sentencia, en el sentido de que reconoce expresamente la procedencia del daño moral una vez finalizado el contrato de trabajo.

[271] 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.

CONCLUSIONES
ACERCA DE LA TESIS DE ESTE LIBRO

"Ninguna ley de aquel país debe exceder en palabras el número de las letras de su alfabeto, que sólo consta de veintidós. Pero, en realidad, pocas de ellas se extienden tanto. Están expresadas en los términos más llanos y simples, respecto de los cuales estas gentes son tan poco sutiles que encuentran sólo una interpretación. Y escribir un comentario sobre cualquier ley es un delito grave.".

LOS VIAJES DE GULLIVER
JONATHAN SWIFT

En el transcurso de esta obra nos hemos abocado al análisis del daño moral en el contrato de trabajo.

Sin embargo, hemos planteado temas más de fondo acerca de la naturaleza del contrato de trabajo, de su elemento personal, de sus implicancias constitucionales y, en definitiva, de su importancia en la democracia de masas.

Los ciudadanos ejercen sus derechos y experimentan su calidad de vida en el lugar de trabajo. Por tanto, los poderes que se generan al interior de esta relación, especialmente por parte del empleador, no pueden pasar desapercibidos para el jurista y tampoco para el cientista político.

Las relaciones laborales son un excelente parámetro para medir la calidad de vida y el grado de desarrollo de una sociedad determinada.

En este contexto, hemos sugerido en estas páginas una reinterpretación de los alcances del contrato de trabajo, considerando como base el daño moral. Desde esta perspectiva, citando uno de los clásicos de la

literatura universal, hemos operado en forma contraria al planteamiento del país de los Brobdingnag en los viajes de Gulliver, donde sus costumbres conllevan el ideal de una legislación escueta y unívoca (sin abogados...). La legislación, por el contrario, es cualquier cosa menos que unívoca y la doctrina tiene el deber de plantear reinterpretaciones del marco normativo que rige en un momento dado.

Con todo, esta reinterpretación no conlleva ficción jurídica o transgresión del texto de la ley, sino una nueva lectura, al tenor de los principios constitucionales vigentes, de los espacios en blanco de la obra del legislador.

Desde la visión de la teoría de sistemas, Kerchove y Ost plantean que la labor del juez en la sistematización del derecho puede parangonarse con un "juego", entendido como una actividad social que combina, en forma variable, un elemento de convención o de regularidad y otro de creatividad e invención, destacando que las palabras *game* y *play* en inglés dan cuenta de estos dos aspectos del juego en sí.[272]

Así también la doctrina debe aportar los elementos para que el juez no marche a ciegas en su *ars creativa*.

En consecuencia, pensamos que hemos demostrado en estas páginas la especificidad del contrato de trabajo, dadas las normas constitucionales, los tratados internacionales y los preceptos legales vigentes en el derecho chileno.

Cabe esperar que las tesis aquí planteadas sean discutidas y consideradas por la doctrina y por los jueces de nuestro país. Desde nuestro punto de vista, negar o limitar las posibilidades de reparación del daño moral en el contrato de trabajo no tiene fundamento alguno en las normas de nuestro sistema jurídico, sino en la referida *ars inventiva* centrada en una visión civilista de los derechos, de espaldas a la realidad laboral.

Además, con la pronta vigencia de la ley Nº 20.087 y su nuevo procedimiento de tutela, no cabe duda que en el derecho chileno la vulneración de derechos fundamentales del trabajador genera responsabilidad por daño moral contractual. Ahora la voz la tienen la doctrina laboral y los jueces del trabajo.

[272] Cfr. Kerchove van de, Michael y Ost, François, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, pp. 126 y 127.

ÍNDICE DE MATERIAS

ACOSO MORAL, 84
- Definición, 85
- Derecho comparado, 85
- Vertical u horizontal, 85
- Institucional o estratégico, 85

ACOSO SEXUAL, 66
- Acoso vertical y horizontal, 70
- Clasificaciones, 70
- Criterio de la mujer razonable, 71
- Definición, 68, 73
- Efectos, 75
- Fundamento, 67
- Laboral y extralaboral, 70
- Perspectiva de género, 68
- Paradigma basado en la competencia, 71 y nota 132
- Prevención, 74
- Práctica discriminatoria, 67
- Sujetos, 71, 74
- Segregación sexual vertical y horizontal, 69

ACTOS DISCRIMINATORIOS, 29
- Concepto descriptivo o fáctico, 39
- Concepto normativo o evaluativo, 39

Derecho antidiscriminatorio, 34
Despido discriminatorio grave, 149
Discriminación de trabajadores con SIDA, 24
Discriminación laboral, 65
Discriminación sexual, 65
Factores sospechosos, 40
Idoneidad y capacidad personal, 37
Instrumentos, 66
Manifestaciones, 65

CIBERSUBORDINACIÓN O CIBERVIGILANCIA, 18, 86

DAÑO MORAL, 21, 42, 58, 60, 79, 88, 89, 133, 141, 151
Acumulación de una indemnización de daño moral por término de contrato, 128, 130, 135
Buena fe, 15, 25
Buena fe objetiva, 10, 104
Datos personales, 55
Datos sensibles, 43
Deber de seguridad (de protección), 15, 22, 24, 78, 87
Despido abusivo, 32, 98, 103, 132, 149
Derecho antidiscriminatorio, 34
Despido indirecto, 105, 132, 183
Despido injustificado, 96, 132
Empresas de tendencia o ideológicas, 61
Etapa de ejecución, 21
Exámenes de alcohol, 44
Exámenes de drogas, 44
Exámenes de selección, 42
Exámenes generales, de salud o capacidad, 43
Fundamento ético-jurídico, 8
Honra, 55
Imprevisibilidad del daño, 24
Integridad psíquica, 57
Jurisprudencia, 141
Libertad de conciencia, 59

Libertad de expresión, 60
Libertad de opinión, 60
Libertad ideológica, 58
Libertad religiosa, 58
Ofertas de trabajo, 33, 38
Poscontractual, 23
Precontractual, 21
Responsabilidad contractual, 23
Responsabilidad extracontractual, 23, 42, 155
Término de contrato, 23
Test de selección, 42
Test de Sida (VIH), 45
Test genéticos, 46, 47
Test psicológicos, 48
Test de personalidad, 48
Test de Rorschach, 48
Test grafológicos, 49
Vida privada, 54

DERECHO DEL TRABAJO, 5
Abuso del derecho, 99, 104
Ambivalencia funcional, 5
Ciudadanía en la empresa, 19
Concepción comunitaria, 9
Derechos laborales inespecíficos, 18
Despido abusivo (ver daño moral)
Despido arbitrario, 98, 101
Despido indirecto (ver daño moral)
Despido injustificado (ver daño moral)
Despido justificado, 95
Indemnización por años de servicio: naturaleza jurídica, 111
Daño a la antigüedad, 112
Forfataire, 113, 120
Integración del preaviso, 114
Mayor valor de la empresa, 112

Pena impuesta al empleador, 113
Premio a la fidelidad, 112
Previsión y asistencia social, 113
Resarcimiento del daño, 113
Responsabilidad sin culpa, 114
Salario diferido, 112
Tarifada, 113, 120
Teorías eclécticas, 115
Pacificación social, 5
Tutelas constitucionales múltiples, 18
Wrongful dismissal, 100

DESPIDO ABUSIVO (ver daño moral)

DIGNIDAD, 51, 54

DISCRIMINACIÓN (ver actos discriminatorios)

EMPRESAS DE TENDENCIA O IDEOLÓGICAS (ver daño moral)

ESTABILIDAD LABORAL, 92

FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD, 20

INDEMNIDAD LABORAL, 29

LIBERTAD SINDICAL, 29 y 89
Colectiva, 89
Definición, 89
Despido antisindical, 89
Individual, 89
Prácticas antisindicales, 89

MOBBING (ver acoso moral)

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD, 92

PRINCIPIO DE LA EXTRAORDINARIEDAD DEL DAÑO, 133, 145

PROCEDIMIENTO DE TUTELA, 6, 28
Derecho o interés legítimo, 29
Despido abusivo (ver daño moral)
Despido atentatorio de derechos fundamentales, 149
Despido discriminatorio grave, 149

Garantías constitucionales, 28
Interés legítimo, 29
Prueba indiciaria, 31
Tutela inhibitoria, 31
Tutela restitutoria, 31
Tutela resarcitoria, 31

PROTECCIÓN FLEXIBLE, 4
Ius variandi, 5
Potestad disciplinaria, 5
Potestad reglamentaria, 5

SUBCONTRATACIÓN, 29
Coempleador, 29

SUBORDINACIÓN, 4, 16

SUMINISTRO, 29
Coempleador, 29

TELESUBORDINACIÓN O VIDEOVIGILANCIA, 56

Bibliografía[*]

Álvarez Chávez, Víctor Hugo, *Regímenes indemnizatorios del despido*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1988.

Aparicio, Joaquín, "Empresas ideológicas y derechos fundamentales del trabajador", en *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Madrid, Trotta, 1992.

Aracena, Moisés, *Introducción al estudio del test de Rorschach*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1980.

Armendáriz Azcárate, Maite, "Elefantes, murciélagos o úteros", diario El Mercurio, 10 de octubre de 2004.

Atria, Fernando, *Los Peligros de la Constitución*, La idea de igualdad en la jurisdicción nacional, Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídicos 36 serie seminarios, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997.

Auvergnon, Philippe, "Le Droits des Relations de Travail Interrogé par le SIDA", en *Le droit social à l'épreuve du sida*, Editions de la Maison des Sciences de L'Homme d'Aquitaine, 1992.

Avio, Alberto, *I Diritti Inviolabili nel Rapporto di Lavoro*, Milán, Dott. A. Giuffré Editore, 2001.

[*] Se agradece la colaboración de Andrea von Chrismar Medina, ayudante alumna de Derecho del Trabajo en la Universidad Adolfo Ibáñez, en la revisión de esta bibliografía.

BARAQUIN, Noëlla; BAUDART, Anne; DUGUE, Jean; LAFFITTE, Jacqueline; RIBES, François, y WILFERT, Jöel, *Dictionnaire de Philosophie*, 12ª edición, París, Armand Colin, 2000.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, "Acoso Sexual y Derecho Penal", en Revista Derecho y Humanidades Nº 5, año 1997.

BAVARO, Vincenzo, "Ideología e contratto di lavoro subordinato", en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* Nº 98, año XXV, 2003, 2.

BEN-ISRAEL, Ruth, "Equality and the Prohibition of Discrimination in Employment", en *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, 6ª edición revisada, Deventer, Kluwer Law International, 1998.

BENALCÁZAR DE, Isabelle, *Droit du travail et nouvelles technologies*, París, Montchrestien Gualino éditeur, 2003.

BLANPAIN, Roger, *European Labour Law*, 7ª edición revisada, La Haya, Kluwer Law Internacional, 2000.

BOLAND, Mary L., *Sexual harassment: your guide to legal action*, Naperville, Illinois, Sphinx Publishing, 2002.

BOUCHET, M. Hubert, *La Cybersurveillance des salaries dans l'entreprise*, Commissión Nationales de L'Informatique et des Libertés, 2001, http://www.cnil.fr/

————, *La Cybersurveillance sur les lieux de travail*, Commissión Nationales de L'Informatique et des Libertés, 2002, http://www.cnil.fr/

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, 1993.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo, "Acoso sexual: concepto, clases, bien jurídico protegido", en *El acoso sexual en la empresa, análisis de la ley 20.005*, de Caamaño Rojo, Eduardo, Carvajal Godoy, Gabriela y Jiménez Trejo, Patricio, Santiago, LexisNexis, 2005.

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.

CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II Derechos, Deberes y Garantías, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.

————, *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

CHAPMAN, Anna, "Vie privée et surveillance sur le lieu de travail en Australie", en Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, COMPTRASEC, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2002.

Conseil Súperier de la Prévention des Risques Professionnels, *Incidence de l'Infection par le virus de l'inmmuno-déficience humaine sur la détermination de l'aptitude médicale à certains postes de travail*, Ministére de Travail, en *Le droit social à l'épreuve du sida*, Editions de la Maison des Sciences de L'Homme d'Aquitaine, 1992.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

COURT MURASSO, Eduardo, "Indemnización del Daño Moral por Despido Injustificado", en *Derecho de Daños*, Santiago, Lexis-Nexis ConoSur, 2002.

DÄUBLER, WOLFGANG, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994.

DEL PUNTA, Riccardo, "Il mobbing: l'iilecito e il danno", en Lavoro e Diritto, 3/ 2003.

DÉLANO, Bárbara y TODARO, Rosalba, *Asedio Sexual en el Trabajo*, CEM (Centro de Estudios de la Mujer), Santiago, Ediciones CEM, 1993.

DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, "Reparación del daño moral por despido injustificado", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° 2.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El Daño Moral*, tomos 1 y 2, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

ERMIDA URIARTE, Óscar, "Derechos Laborales y Comercio Internacional", V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2001.

————, "El concepto de despido abusivo", en Derecho Laboral, Tomo XXVII, N° 135, Julio-Septiembre de 1984.

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.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo 1, 3ª edición actualizada por Eugenio Evans Espiñeira, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

FARREN PAREDES, Raúl, *Terminación del contrato de trabajo*, Santiago, Ediar-ConoSur, 1988.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, "Igualdad y no discriminación por razón de sexo: Planteamiento constitucional", en *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Joaquín Aparicio y Antonio Baylos (comps.), Madrid, Trotta, 1992.

FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol, "Violencia de género y acoso sexual: ¿qué se puede hacer desde el derecho de interés público?", en *Derechos Humanos e Interés Público*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales N° 11, Universidad Diego Portales, 2001.

FINKIN, M. "Employee Privacy", en *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Deventer, Kluwer Law International, 1998.

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

GAMONAL CONTRERAS, Sergio y PRADO LÓPEZ, Pamela, *El mobbing o acosos moral laboral*, Santiago, LexisNexis, 2006.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Ciudadanía en la Empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, "Comentario de la Jurisprudencia del año 2003, Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Derecho del Trabajo", en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Peñalolén y Viña del Mar, N° 1, 2004.

———— "La "Cibervigilancia" dentro de la empresa: comentario a una sentencia de la Corte Suprema", Revista Laboral Chilena, junio 2004.

———— "El principio de no discriminación por razones de sexo en materia laboral", Cuadernos Jurídicos, Universidad Adolfo Ibáñez, N° 18, 2003.

———— "La Flexibilidad Laboral: apuntes críticos", Revista Laboral Chilena, enero 2003.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Santiago, LexisNexis, 2002.

———— "El daño moral por término del contrato de trabajo: notas a una sentencia de la Excma. Corte Suprema", Revista Laboral Chilena N° 101, noviembre 2001.

———— *El daño moral por término del contrato de trabajo*, Santiago. Editrem, 2000. Este libro está disponible en la página: www.unicz.it/lavoro/AL_NEWS.htm

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

GATUMEL, Denis, *Le droit du travail en France*, Paris, Éditions Francis Lefebvre, 1997.

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

GHEZZI, Giorgio y ROMAGNOLI, Umberto, *Il rapporto di lavoro*, Bolonia, Zanichelli, 1987.

GIERKE, Otto Von, *Las raíces del contrato de servicios*, Madrid, Civitas, 1989.

GOLD, Michael Evan, *An Introduction to the Law of Employment Discrimination*, 2ª edición, Ithaca, ILR Press, Cornell University Press, 2001.

GOLDIN, Adrián: *Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2003.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Acoso psíquico en el trabajo* (El alma, bien jurídico a proteger), Madrid, Civitas, 2002.

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.

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.

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.

HIRIGOYEN, Marie-France, *El acoso moral en el trabajo*, Distinguir lo verdadero de lo falso, Buenos Aires, Paidós, 2001.

IRURETA URIARTE, Pedro, "Las organizaciones de tendencia ante el derecho", *Persona y Sociedad*, Vol. XVII Nº 2, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2003.

JANA, Andrés y TAPIA, Mauricio, "Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001", en *Temas de Responsabilidad Civil*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado I, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004.

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.

KANT, Manuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, traducción de Manuel García Morente, México D.F., Porrúa, 1998.

KAUPPINEN, Timo y KAIRINEN, Martti, "New forms of Work and the future of subordination in the evolution of the Finnish labour law", *Le Transformazioni del Lavoro*, La crisi della subordinazione e l'avvento de nuove forme di lavoro, Milán, Franco Angeli, 1999.

KERCHOVE VAN DE, Michael y OST, François, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1997.

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

LAPÉROU-SCHENEIDER, Béatrice, "Les mesures de lutte contre le harcèlement moral", en Droit Social Nº 3 marzo de 2002.

LIZAMA PORTAL, Luis y UGARTE CATALDO, José Luis, *Nueva ley de acoso sexual*, Santiago, LexisNexis, 2005.

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.

LYON-CAEN, Gerard, *Le Droit du Travail, Une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995.

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

MANGARELLI, Cristina, *Aplicación Supletoria del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

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

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

MANGARELLI, Cristina y CASTELLO, Alejandro, "Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada", en Revista Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XL, Nº 185, enero-marzo 1997.

MANGARELLI, Cristina y ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, "El despido abusivo en el derecho uruguayo", en Derecho Laboral, Tomo XXXI, Nº 151, julio-septiembre de 1988.

MARTÍN AGUADO, Ángel, "Actuaciones Irregulares que Afectan a la Libertad, Dignidad o Vida Privada del Trabajador. Límites Constitucionales al Poder de Dirección Empresarial", *Autoridad y Democracia en la Empresa* (al cuidado de Joaquín Aparicio y Antonio Baylos), Madrid, Trotta, 1992.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Acoso sexual en las relaciones laborales*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2002.

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

MASCARO NASCIMENTO, Amauri, *Iniciaçâo ao direito do trabalho,* San Pablo, Editora LTr, 1997.

MATHIEU, Bertrand, "Le recours aux test génétiques en matière d'emploi: un droit en construction", Droit Social Nº 3, marzo 2004.

MAZEAUD, Antoine, "Harcèlement entre salariés: apport de la loi de modernisation", en Droit Social Nº 3 marzo de 2002.

MAZZAMUTO, Salvatore, *Il Mobbing*, Milán, Giuffrè Editore, 2004.

MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe, *Derecho del Trabajo*, tomo 1, Santiago, ConoSur, 2000.

MENGER, Anton, *El Derecho Civil y los Pobres*, Granada, Editorial Comares, 1998.

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.

MONTEIRO, Evelyn, "Le concept de harcèlement moral dans le code pénal et le code du travail", en Revue de Sciencie Criminelle et de Droit Penal Comparé, abril-junio 2003, Nº 2.

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

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Dogmática Constitucional*, Talca, Editorial Universidad de Talca, 1997.

OIT, *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

PASCAL, Blas, *Pensamientos sobre la religión y otros asuntos*, traducción de Eugenio D'Ors, Barcelona, Editorial Iberia, 1976.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª edición, Madrid, Tecnos, 1995.

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*, 3ª edición actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1998.

PRADO LÓPEZ, Pamela, "Breves reflexiones en torno al mobbing", en *Revista Laboral Chilena*, julio de 2005, Nº 138.

———— "La reparación del daño moral ocasionado al trabajador, durante la vigencia del contrato de trabajo", en *Revista Laboral Chilena*, mayo de 2005, Nº 136.

PUYESKY, Fany, *El Acoso Sexual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.

REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1980, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

REYNOSO CASTILLO, Carlos, "Hostigamiento en el trabajo", en Internet en la siguiente dirección: http://www.unicz.it/lavoro/AL_NEWS.htm

RIVERO, Jean y SAVATIER, Jean, *Droit du travail*, París, PUF, 1993.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, "Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia", en *Persona y Derecho*, 50 (2004).

ROJAS MIÑO, Irene, "Por qué legislar sobre el acoso sexual en el trabajo", en Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo Nº 112, mayo de 1998.

ROJAS RIVERO, Gloria, *La Libertad de Expresión del Trabajador*, Madrid, Trotta, 1991.

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

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

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999.

SAINZ, Francisco Javier y GOROSPE, Lourdes, *El test de Rorschach y su aplicación en la psicología de las organizaciones*, Barcelona, Paidós, 1994.

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

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

SCHULTZ, Vicky, "Una explicación alternativa del acoso por un ambiente laboral hostil: un paradigma basado en la competencia", *Derecho y grupos desventajados*, Roberto Gargarella (compilador), Barcelona, Gedisa, 1999.

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.

SUAZO SCHWENCKE, Carolina, *Discriminación Laboral por Razón de Sexo*, Santiago, Ediciones Congreso, 2000.

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

SÜSSESKIND, Arnaldo; DÉLIO, Maranhäo; SEGADAS, Vianna; y LIMA, Texeira, *Instituçiôes de Direito do Trabalho*, Vol. 1, San Pablo, LTR, 1997.

THAYER, William y NOVOA, Patricio, *Manual de derecho del trabajo*, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

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

UGARTE CATALDO, José Luis, "La tutela de derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento", Derecho Laboral, Tomo XLIX Nº 221, Enero-Marzo 2006, Montevideo.

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

VALDÉS DAL RÉ, Fernando, "Poderes del Empresario y Derechos de la Persona del Trabajador", *Autoridad y Democracia en la Empresa* (al cuidado de Joaquín Aparicio y Antonio Baylos), Madrid, Trotta, 1992.

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

VENEZIANI, Bruno, *Stato e autonomia collettiva, diritto sindacale italiano e comparato*, Bari, Cacucci, 1992.

VERDIER, Jean-Maurice, *Droit du travail*, París, Dalloz, 1990.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, 2ª edición actualizada, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

VISCOMI, Antonio, "Osservazioni critiche su lavoro e <<tendenza>> nelle fonti internazionali e comunitarie", en *Lavoro e Diritto*, 4/2003.

———— "Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti", en Lavoro e Diritto, 1/ 2002.

WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *La Legislación Laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile*. Un análisis comparado, Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2003.

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

Otras publicaciones

- El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales
  Sergio Gamonal C.

- Subcontratación y Suministros de Trabajadores
  José Luis Ugarte C. - Luis Lizama P.

- Subcontratación Laboral y Servicios Transitorios
  Marcelo Albornoz S. - Christian Almz R. Enrique Pérez M.

- Lineamientos de Derecho del Trabajo
  Sergio Gamonal C.

- Contrato Individual de Trabajo
  Gabriela Lanata F.

- El Mobbing o Acoso Moral Laboral
  Sergio Gamonal C. - Pamela Prado L.

- Fallos Laborales Comentados
  Francisco Tapia G.

- Los Grupos de Empresas en el Derecho Chileno del Trabajo
  Irene Rojas M. - Andrés Aylwin Ch.

- El Derecho a la no Discriminación en el Empleo
  Eduardo Caamaño R.

- Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho
  José Luis Ugarte C.

- Sindicato en el Derecho Chileno del Trabajo
  Francisco Tapia G.