

EL DAÑO MORAL POR LESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON OCASIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR Y EL NUEVO PROCESO LABORAL

GABRIELA LANATA FUENZALIDA⁽¹⁾

Este artículo analiza la naturaleza jurídica de las indemnizaciones contempladas por el legislador frente a un despido abusivo y la posibilidad de obtener la indemnización del daño moral que se le pueda haber ocasionado al trabajador. O, lo que es prácticamente lo mismo, la posibilidad de accionar en el procedimiento de tutela en que se ventila la acción por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido con la mira de obtener una indemnización por daño moral de manera independiente al pago de las indemnizaciones tarifadas que impuso el legislador.

I. A MODO INTRODUCCIÓN

Fue gracias a mi interés en el Derecho Procesal del Trabajo que tuve el honor de conocer a Mario Pasco Cosmópolis, pero nunca esperé ser parte de un libro escrito en su memoria. No se trata para mí de un simple artículo más y me ha costado mucho asumir este desafío, porque sea lo que sea que escriba, creo que es difícil que esté a su altura. Agradezco la confianza depositada en mí para ser merecedora de este privilegio.

(1) Abogada, profesora titular y directora del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad de Concepción, Chile.

Una de las enseñanzas de Mario, y que ha fortalecido mi estudio del Derecho Laboral, fue la clara idea de que no puede concebirse ni aplicarse de forma aislada a las demás disciplinas jurídicas que conforman el Derecho.

“A estas alturas –escribió– debe quedar claro que la autonomía no es un simple prurito de especialistas, ni un mero timbre de orgullo o prestigio para sus cultores, ni una banal disquisición teórica, sino una cuestión de la que derivan importantes consecuencias. Una posición extrema en una u otra tendencia encierra riesgos, pues la posición autonomista a ultranza obligaría no únicamente a una elaboración integral, cuanto a su plasmación en normas positivas concretas, con el constante peligro de la creación de lagunas que no podrían ser suplidas con el auxilio de otras disciplinas y la innecesaria duplicación normativas de reglas que son universales. La indiferenciación de los procesos laborales, en la otra orilla, podría teñirlos de tintes privatistas totalmente inadecuados a su especificidad y a su finalidad”⁽²⁾.

Es la aplicación de este planteamiento el que me he atrevido a aplicar. Y si bien lo refería al Derecho Procesal, lo estimo aplicable también a los aspectos sustantivos del Derecho del Trabajo.

En efecto, la reforma procesal laboral parece haber constituido el punto culminante en la búsqueda de la protección a los derechos fundamentales del trabajador. Sin embargo y como suele suceder, la nueva normativa ha ocasionado también nuevos problemas de interpretación. El que pretendemos abordar dice relación con el lugar que ocupa o puede ocupar el pago de la indemnización de los daños extrapatrimoniales al trabajador en aquellos casos de vulneración de sus derechos fundamentales por quien ejerce funciones como empleador. Si bien este fue presentado como uno de los grandes logros en los avances procesales en el país, denominándolo procedimiento de tutela laboral, no se trata en realidad de un especial procedimiento, sino del mismo calificado como de aplicación general dotado de ciertas especialidades propias de la materia de fondo a la que sirve. Por otro lado, presenta un aspecto de innegable trascendencia, que se traduce en la instauración de un verdadero régimen de responsabilidades acentuadas cuando de la infracción a derechos fundamentales se trata.

(2) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. 2ª ed., AELE, Lima, Perú, 1997, pp. 31-32.

II. ANTECEDENTES

Antes de la vigencia del nuevo régimen procesal parecía que la idea de subordinación y dependencia, que ha marcado por tanto tiempo la aplicación misma del Derecho Laboral, había calado hondo en los espíritus de nuestra sociedad, entendiéndola en sentido tan amplio que, por momentos, hizo pensar que el trabajador debía aceptar pacíficamente que todos los aspectos de su esfera extrapatrimonial se vieran afectados en alguna medida, como una consecuencia natural y necesaria del ejercicio de su función laboral. Agudizó el problema la verdadera reticencia legislativa a aceptar de manera amplia la competencia de los tribunales del trabajo para conocer de estas materias, aun cuando en algún momento habían reconocido la posibilidad de decretar la indemnización del daño moral más allá de los montos a que se llegaba producto de las indemnizaciones tarifadas establecidas en la ley⁽³⁾.

Un autor chileno haciendo referencia a la reticencia a reconocer la procedencia de la indemnización de todo daño causado al co-contratante en un contrato de trabajo sostuvo ya en una publicación del año 1996: “Si se llega a concluir que es imposible obtener reparaciones compensatorias, tendríamos que entender que el sistema chileno de reparación de daños es de los más absurdos, ya que habría un solo contrato, cuyo incumplimiento por alguna de las partes al terminarlo sin justificación, no genera un deber de reparación integral, a diferencia de todos los demás de derecho común y aún de índole puramente patrimonial. en efecto, en estos, el principio de reparación integral solo sufre limitaciones dispuestas por el contenido del contrato, que determinan la previsibilidad de los daños, de forma que en presencia de culpa el límite queda dispuesto en los daños directos previstos (art. 1558 c. civil); pero no existen límites en cuanto a la naturaleza de los daños, sean ellos patrimoniales o no (...) pero no ocurriría otro tanto en materia de contrato de trabajo, aunque se trate de una relación jurídica referida más estrechamente a la persona y a su derecho a trabajar. Sería entonces más grave, a

(3) Aludimos a la situación del despido injustificado, indebido o improcedente que puede afectar al trabajador, figura que no implica necesariamente la lesión a derechos fundamentales inespecíficos. En otras palabras, no todo despido puede ser calificado como abusivo a aquellos. En nuestro sistema, esta situación impone el pago de la indemnización por años de servicios tasada por el legislador (treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicios y fracción superior a seis meses, con tope de trescientos treinta días) con el recargo de determinado porcentaje indicado en la ley. Ha sido este recargo el que fue considerado como resarcitorio de los perjuicios extrapatrimoniales ocasionados al trabajador, cuestión que en general vino a facilitarle las cosas al liberarlo de la carga de la prueba del daño moral que se le pudiera haber ocasionado. Sin embargo, la Corte Suprema en un fallo del año 2000 sostuvo la tesis de la posibilidad para aquel de acreditar que con la indemnización tasada no quedaba debidamente resarcido, en cuyo caso podía imponerse al empleador una indemnización de monto mayor, en la medida que rindiera prueba suficiente de ello (causa rol 3.680-2000, de 12 de julio de 2001).

efectos reparatorios, incumplir una compraventa o una hipoteca, que un contrato de trabajo, generándose así un sistema a todas luces absurdo y de difícil justificación constitucional⁽⁴⁾.

Curiosamente, esta cita no emana de un especialista en Derecho Laboral, sino de un eminente profesor de Derecho Civil, Dr. Ramón Domínguez Águila, quien, puede considerarse pionero en la obtención del resarcimiento de los perjuicios no patrimoniales para el trabajador, sujetándose a normas civiles a través de las cuales obtuvo lo que las laborales parecían negarle.

Si bien Domínguez ya en 1998, en un comentario a uno de los primeros fallos pronunciados sobre la materia al fallo aludido⁽⁵⁾, había estimado zanjada toda discusión, los pronunciamientos de la Corte Suprema no fueron uniformes, aun cuando hay que destacar que el año 2000 pareció establecer el criterio de que si bien los recargos las indemnizaciones tarifadas contempladas en el Código Laboral cubrían el daño moral, ello no excluía que, en casos especiales –si se prueban perjuicios extraordinarios, como lo sería el daño moral experimentado por el trabajador abusivamente despedido– pudiera reconocerse a favor de este último una indemnización adicional, no prevista especialmente por la ley laboral.

Desde ya se debe dejar en claro que, siguiendo los planteamientos del profesor citado, estimamos que todo daño emanado directa o indirectamente del contrato de trabajo o de la relación laboral que unió a las partes, debe ser indemnizado y ello, no obstante el régimen de indemnizaciones tarifadas que se han establecido en relación con el término del contrato. Lo dicho es una manifestación del deber de reparación integral del daño y, como quiera que sea, no puede perderse de vista que de lo que estamos hablando es de la procedencia de indemnizar los daños que el empleador le pueda haber ocasionado al trabajador contratante que, aunque parezca una afirmación evidente, está subordinado y depende de su co-contratante causante del daño.

Por otra parte, y si bien es cierto que el **Código del Trabajo define el contrato** resaltando la obligación de prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación a cambio de una remuneración determinada, ello no implica el desconocimiento de otras obligaciones que el propio Código Laboral se ha encargado de reconocer. En otras palabras, al celebrar un contrato de trabajo las

(4) DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “Responsabilidad civil del empresario por el daño moral causado a sus trabajadores”. En: *Responsabilidad civil del empresario*. Cuadernos de Extensión, N° 1, Universidad de Los Andes, 1996, pp. 19 a 33.

(5) DÓMINGUEZ, ÁGUILA, Ramón. “Reparación del daño moral por despido injustificado”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25, N° 2, 1998, p. 433. Comentario a jurisprudencia.

partes no solo han contraído tales obligaciones, sino que también otras de no menor importancia, entre las que se cuenta la del empleador de velar por el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, obligación consagrada expresamente en el artículo 5 del Código del Trabajo y resguardada en el inciso final del artículo 154 del mismo texto.

Como señala el autor Caparrós, para analizar las obligaciones que rigen la relación laboral debe tenerse en claro qué es lo que se pone en juego en esta clase de vínculos⁽⁶⁾. Parece ser que la doctrina que se ha divulgado en mayor medida en nuestro sistema es la germánica, que junto a la relación de trabajo servil, por medio del cual un hombre libre se ponía al servicio de otro que le concedía a cambio protección, ayuda y representación. Pero a la vez, este contrato, hacía surgir un vínculo personal de fidelidad recíproca, que se emparentaba con los vínculos familiares, y se hacía participar a quienes se unían por medio de él en una misma comunidad de derechos y deberes⁽⁷⁾.

Las infracciones a este tipo de obligaciones fácilmente puede provocar una lesión a los derechos extrapatrimoniales del trabajador, pudiendo, incluso, ser constitutivas también de un delito civil⁽⁸⁾.

El tema no ha constituido una cuestión pacífica y llama la atención que haya sido tan difícil aceptar la procedencia de estos daños y de su resarcimiento en el contrato de trabajo, atendida su general, amplia y cada vez más común aceptación en materia contractual.

III. LA SITUACIÓN ANTES DE LA VIGENCIA DEL NUEVO PROCESO LABORAL

El tema, eso sí, no siempre había sido rechazado por la jurisprudencia. Previo a la vigencia del nuevo proceso que, de alguna manera cambió la realidad, la Corte de Apelaciones de Concepción⁽⁹⁾ reconoció el carácter contractual de las conductas discriminatorias desempeñadas por una empresa que había atentado en

(6) CAPARRÓS, Fernando. "Obligaciones de las partes". En: *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 9.

(7) *Ibidem*, p. 10, citando a SUPLOT, Alian. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Informes y Estudios del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 29 y ss.

(8) PRADO LÓPEZ, Pamela. "Reparación del daño moral al trabajador". En: *Revista Laboral Chilena*. N° 136, mayo de 2005, p. 79.

(9) Corte de Apelaciones de Concepción, rol 124-2009.

contra de la libertad sindical, al entregar un bono a los trabajadores no sindicalizados y a aquellos que, en determinado plazo, renunciaran al sindicato a que se encontraban afiliados. Se sancionó a la empresa por haber incurrido en prácticas antisindicales, y se la condenó a la indemnización del daño material ocasionado con el proceder discriminatorio. La indemnización del daño moral, también demandada, no fue acogida, por no haber sido este probado por los actores, pero se reconoció su eventual procedencia en esta materia. Se aclaró en la sentencia que el Código del Trabajo no establece normas generales en materia de responsabilidad contractual, limitándose a indicar el camino a seguir frente a ciertos incumplimientos de las obligaciones contraídas en el contrato, como ocurre con el no pago de remuneraciones, en que indica que deben ser reajustadas y pagarse con el respectivo interés o en materia de terminación de contrato, cuando no se ha invocado la causal correcta o esta no ha resultado acreditada; pero no ha indicado el proceder frente a los demás incumplimientos contractuales en que se puede incurrir, como es el caso de la infracción del empleador a su obligación contractual de no discriminar, establecida en el artículo 2 del Código del Trabajo. En síntesis, nuestro Código nada dice en cuanto a las consecuencias que se siguen a la infracción a la norma o, lo que es lo mismo, a la obligación contractual del empleador de no ejecutar acciones discriminatorias, lo que se estimó que no podía ser entendido como un impedimento para el trabajador de demandar una indemnización frente a un incumplimiento patronal manteniendo la vigencia de la relación laboral, pues ello implicaría obligarlo a soportar incumplimientos indebidos del empleador e, incluso, tratos vejatorios, por no perder su fuente de trabajo o no convenirle obtener indemnizaciones que podrán ser de escaso monto al depender de su antigüedad en la empresa.

El fallo resulta interesante por cuanto, reconociendo que el Derecho del Trabajo nace frente a la insuficiencia de las normas contractuales civiles para dar respuesta a una relación contractual, en que las partes no están en un plano de plena igualdad, acepta, sin embargo, la aplicación de las normas del Derecho Civil en los diversos aspectos del desarrollo del contrato de trabajo que no han sido previstos expresamente por el Derecho Laboral, ya sea en el Código del Trabajo o en su legislación complementaria. Reconoció que el caso planteado en estos autos se desenvuelve en el campo de la responsabilidad civil, materia que no ha sido regulada de manera general en el Código del Trabajo, el que se ha limitado a establecer determinadas indemnizaciones tarifadas a pagar en ciertas situaciones también delimitadas, aun cuando en diversas normas se establecen obligaciones para las partes a las cuales no se les ha aparejado una consecuencia jurídica, como ocurre, precisamente, con aquella en que se atribuye a la obligación de no discriminación el carácter de obligación contractual, aun cuando nada se dice

de las consecuencias de su infracción. Se ha escrito “La responsabilidad civil es un instituto de aplicación transversal en nuestro derecho, por lo que no se divisa razón para excluir a las relaciones laborales en caso que producto del desenvolvimiento de las mismas se cause daño a alguno de los sujetos, como ocurre en el caso de acoso moral laboral”⁽¹⁰⁾. No se advierte razón para que tal principio no encuentre aplicación en el desarrollo de un contrato de trabajo.

Como puede apreciarse, era factible recurrir a las normas comunes del Derecho Civil al no existir un tratamiento completo del tema en el Derecho del Trabajo, lo que muestra cómo, en ocasiones, la protección de aquella disciplina puede tornarse más ventajosa para el trabajador que aquella conferida por las normas que, se entiende, fueron creadas precisamente para acentuar su protección.

Como se analizó, ha existido un singular desarrollo de la teoría inherente al respeto de los derechos fundamentales del trabajador pero, no obstante ello, cada vez que se menciona en órganos oficiales el tema del daño moral ocasionado al trabajador, se reacciona con temor y reticencia.

IV. LA SITUACIÓN EN EL MARCO DEL NUEVO PROCESO LABORAL

Por extraño que parezca, la dictación de nuevas normas procesales ha implicado un gran cambio en la materia, no por haber intentado solucionar algunos de los problemas suscitados por el régimen anterior, sino por haber introducido un verdadero régimen de responsabilidad civil, relacionado con la trasgresión a determinados derechos fundamentales del trabajador.

Nuestra nueva normativa procesal consagró, eso sí, un sistema judicial de protección, que no pudo desligarse del contenido contractual de la relación laboral y del respeto al derecho del empleador de organizar la empresa, combinación que desembocó en una especie de cumplimiento por equivalencia de la obligación de respeto a los referidos derechos, al mantener la validez de actos vulneratorios, acompañada esa validez del pago de determinadas indemnizaciones. Si bien la idea emana del sistema español, en este punto se apartó radicalmente, aun cuando se mantuvo la norma que impide la acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela (ya contemplada en el artículo 176 de la Ley de Procedimiento Laboral española) lo

(10) GAMONAL CONTRERAS, S. y PRADO LÓPEZ, P. *El mobbing o acoso moral laboral*. Editorial LexisNexis, 2006, p. 97.

que ha llevado a afirmar la existencia de una “expulsión” de determinadas cuestiones litigiosas del ámbito del proceso de tutela, tales como el despido y las demás causas de extinción del contrato de trabajo, la vacaciones, materias electorales, impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación y la impugnación de los convenios colectivos, lo que quedan entregados a la modalidad procesal correspondiente⁽¹¹⁾, reconociéndole con ello una trascendencia superior a las de los simples incumplimientos de obligaciones de prestación.

El procedimiento de tutela laboral presenta, en lo que ahora interesa, dos variantes: una que podríamos denominar propiamente tal⁽¹²⁾ y otra que regula el denominado despido abusivo de derechos fundamentales, esto es, el procedimiento establecido para aquellos casos en que la vulneración de los derechos fundamentales amparados por el procedimiento de tutela laboral se hubiere producido con ocasión del despido.

Respecto del primer caso, la posibilidad de imposición de la indemnización del daño moral no ha merecido mayores dudas, pues ha sido el propio legislador quien ha dispuesto que la sentencia que resuelva la existencia de la vulneración contenga la indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales⁽¹³⁾ (por ejemplo capacitación, publicidad, disculpas públicas) **incluidas las indemnizaciones que procedan**, expresión que abrió la puerta a la imposición de la indemnización del daño moral

(11) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “La tutela judicial de los derechos laborales fundamentales”. En: *Derecho del Trabajo y Razón Crítica*. Gráficas Varona S.A., Salamanca, p. 343.

(12) Contendida básicamente en el artículo 485 del Código del Trabajo.

(13) Así, a vía de ejemplo puede citarse la sentencia dictada en causa T-33-2012, del Juzgado de Letras de Concepción) en que se condenó a la denunciada a la publicación de la sentencia que declaraba la existencia de acciones discriminatorias en contra de un trabajador en, a lo menos, un lugar visible de la repartición y por un lapso no inferior a un mes, con el objeto que su personal tuviera pleno conocimiento de la misma y no se sintiera amedrentado por accionar judicial o administrativamente en su contra, debiendo informar al tribunal su publicación a objeto que funcionario habilitado por este concurriese a verificar el cumplimiento de la medida, bajo apercibimiento de multa. Asimismo, dispuso la ejecución de las acciones necesarias para contratar un psicólogo experto en clima organizacional y laboral a fin de que compusiera las relaciones entre pares y con la jefatura en un plazo prudente, que no podría exceder de seis meses, bajo el mismo apercibimiento.

En otra ocasión, en un caso de gran conmoción pública se acogió la denuncia por discriminación religiosa disponiendo la reincorporación de la trabajadora afectada y la prohibición de asignarle como jefes a tres de los involucrados en los hechos y, además, destinarlos a lugares de trabajo diferentes a aquellos en que se desempeñaba la trabajadora afectada, debiendo realizar las gestiones necesarias para evitar cualquier contacto entre ellos. Adicionalmente, se dispuso la realización de una capacitación para la totalidad de los empleados de la demandada, a fin de desarrollar competencias para un trato adecuado y respetuoso entre pares y subordinados y a publicar en los diarios murales del lugar una carta de disculpas a la trabajadora afectada en la cual expresamente debía reconocer la existencia de actos discriminatorios y vulneratorios de derechos fundamentales, la cual además debía adjuntarse a la liquidación de remuneraciones de todos los trabajadores de la misma (causa T-38-2010, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago). Ambas sentencias disponibles en <www.pjud.cl>, página consultada el 20 de octubre de 2014.

causado al trabajador. Cabe adelantar que esta norma regula de manera genérica el contenido de la sentencia, es decir, cualquiera que sea el motivo por el cual se inició el procedimiento.

En la segunda hipótesis se advierte con mayor fuerza el reconocimiento legislativo al carácter esencialmente contractual que impregna la relación laboral y que, en nuestra realidad, se traduce en la preferencia del trabajador a la pérdida de su fuente de trabajo si va acompañada de una buena indemnización, antes que invocar la tutela en su desarrollo respetuosa de los derechos fundamentales. Tan es así, que la mayor parte de las causas ventiladas ante los tribunales obedecen a esta fórmula. Corrobora lo señalado, las consecuencias de la declaración de la existencia de un despido abusivo, cual es, el pago de una indemnización y solo por excepción la reincorporación del trabajador, a petición de este, en el caso de haber mediado discriminación grave.

De estimar el sentenciador que la vulneración del derecho fundamental se ha producido con ocasión del despido debe condenar al empleador demandado al pago de las indemnizaciones propias del despido común⁽¹⁴⁾ y a una adicional cuyo monto determina el propio juez, pero que “no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual devengada”. Se trata, como se aprecia, de una nueva indemnización tarifada lo que ha llevado a preguntarse si cabe demandar la indemnización de daño moral en forma adicional al recargo indicado o si debe considerarse que con esa indemnización tarifada se encuentra este debidamente resarcido. Desde los comienzos de la aplicación del nuevo proceso laboral la situación no ha tenido una respuesta clara.

En efecto, la doctrina nacional no está conteste en la naturaleza jurídica de esta última indemnización que puede denominarse adicional. Gamonal postula que “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. 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”⁽¹⁵⁾. Ugarte, en cambio, considera que la referencia que el artículo 495, numeral 3, hace a la inclusión de las indemnizaciones que procedan, se refiere a la reparación del daño moral, “ya que la única indemnización que podría proceder, adicional a las

(14) Esto es, aquel que no ha implicado la vulneración sustancial de las garantías amparadas por el procedimiento de tutela.

(15) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. 3ª ed., Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 39.

que ya están reguladas expresamente en la ley, corresponde a las de este tipo⁽¹⁶⁾. Sin embargo, el autor hace referencia al pago de otros rubros que, en realidad, vienen a ser indemnizaciones por el daño material causado a los trabajadores producto del despido abusivo, como ocurriría en el caso de que en razón de la conducta lesiva el trabajador haya dejado de recibir un beneficio salarial, es decir, reconoce la posibilidad de que se engloben en esas otras reparaciones, también aquellas destinadas a resarcir el daño material ocasionado al trabajador⁽¹⁷⁾. Sintetiza el tema explicando que la ley determina una indemnización propiamente laboral, tasada, que cubre el daño económico por el despido, el recargo indemnizatorio por la causal, en conformidad al artículo 168 y una indemnización que califica de sancionatoria fijada discrecionalmente por el juez.

Desde ya, y adelantando ideas, no me parece que con la denominada indemnización adicional se esté amparando la antigüedad del trabajador ni tampoco que se trate de una indemnización sancionatoria diversa a cualquier otra indemnización ni una tarifada del daño moral. Sobre ello se volverá más adelante.

Debe recordarse que nuestro sistema de regulación laboral no contiene una teoría general de responsabilidad, resultando aplicables la contenida en el Código Civil en lo no modificado por el laboral. No resultan extrañas a las normas civiles la posibilidad de que la evaluación de los perjuicios sea entregada al juez, no existiendo inconveniente que, como ocurre en la especie, se produzca una combinación de ambas fórmulas, pero ello nada tiene que ver con la naturaleza misma de la indemnización que se impone. Desde ya, no parece ser una sanción impuesta al empleador. Ello implicaría considerar que la lesión a los derechos fundamentales de una persona tiene menor valor en cuanto menor sea su remuneración, referencia utilizada por el legislador para la determinación de su monto. Por otra parte, concuerdo con la idea sostenida por Tapia⁽¹⁸⁾ quien apunta que la responsabilidad civil implica siempre la violación de una obligación preestablecida; busca, entonces, **sancionar** un incumplimiento, pero ese incumplimiento se sanciona a través de la indemnización de los daños y perjuicios que se impone al infractor⁽¹⁹⁾. Por lo demás, la propia ley hizo referencia a ello calificándola de

(16) UGARTE CATALDO, José Luis. *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. 3ª ed., Editorial LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 90.

(17) *Ibidem*, p. 89.

(18) TAPIA SUÁREZ, Orlando. *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. 2ª ed., Editorial LexisNexis, Santiago, 2006, p. 443.

(19) En este mismo sentido, Pablo Rodríguez, para quien, cuando dos sujetos están ligados por un contrato existe una conducta “programada”; si no se realiza, su consecuencia es que deberá compensar a la persona afectada en sus bienes o intereses, es decir, se genera una conducta de reemplazo destinada a substituir el incumplimiento contractual, que tiende a restaurar el orden “programado” por la ley o el contrato de manera que logren, por medio equivalente, los mismos objetivos expresados en el respectivo

indemnización⁽²⁰⁾. Ciertamente es que, a primer vista y dada la especial naturaleza de la infracción contractual cometida por el empleador resulta fácil pensar que lo que se está indemnizando con esta denominada indemnización adicional pueda ser el daño moral ocasionado por la lesión a los derechos fundamentales. Así entonces, cuando el artículo 495 N° 3 del Código del Trabajo agrega a la indicación de las medidas concretas que debe adoptar el juez, la mención de “las indemnizaciones que procedan” bien puede referirse a las ya indicadas en su artículo 489, pues como quiera que sea la alusión es genérica. Sin embargo, ello no significa que la norma cierre la posibilidad de disponer la indemnización de todo daño que pueda haberse ocasionado al trabajador y que se estime que no ha quedado debidamente resarcido con las indemnizaciones tarifadas establecidas en la ley. Ello explica que, durante el estudio de la respectiva ley en el Congreso, no se haya aprobado la indicación de modificación en el sentido de agregar, de manera expresa, la referencia al inciso tercero del artículo 489⁽²¹⁾.

Porque no debemos olvidar que lo que aquí ha ocurrido es una seria infracción a las obligaciones que emanan de una relación jurídica entre dos partes, con todas las particularidades que le confiere el hecho de que una de ellas está en una situación más débil que la otra. Ello lleva a que las obligaciones del que está en mejor posición no sean solamente de carácter pecuniario, sino que presenten una innegable trascendencia aquellas de hacer e, incluso, de no hacer, que subyacen en el respeto a los derechos fundamentales del trabajador. Si se ha producido un despido abusivo, sin duda que una o más de esas obligaciones se ha visto infringida. En otras palabras, nos encontramos ante un contratante incumplidor. Frente a esta situación la ley le ha conferido al cumplidor ciertos derechos frente a aquel, es decir, frente a la lesión de su crédito.

El primero de ellos es la ejecución forzosa que parece imposible de tener aplicación en este caso, pues podría obligarse al empleador a no continuar con

instrumento. “De allí que hayamos definido la sanción como el efecto que se sigue del incumplimiento y que consiste en la realización por medios coercitivos, de una conducta de reemplazo que tiene por objeto restaurar el orden social quebrantado”. La responsabilidad es, en sentido amplio, una sanción, puesto que sustituye por medio de la fuerza la conducta que se quebrantó y que debía desplegarse por mandato legal o contractual. Por lo mismo, es un medio alternativo para la consecución de los objetivos que se procuraba legítimamente obtener, esto es, la satisfacción de los intereses que era lícito alcanzar. Concluye que están representados por la prestación y que el acreedor, por lo mismo, no puede aspirar a recuperar por esta vía otros beneficios que no sean estos. En: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Responsabilidad contractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 328-329.

(20) En este sentido PRADO LÓPEZ, Pamela. “Breves Notas Sobre la Responsabilidad Civil del Empleador en el Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral”. En: *Estudios de Derecho Civil*. Coordinador Corral TALCIANI, Santiago, Tomo II, Editorial Abeledo-Perrot, 2011, pp. 261-272.

(21) Indicación del senador Allamand, *Historia de la Ley N° 20.260*, Congreso Nacional, p. 189. Ver infra cita 25.

su conducta abusiva, pero la lesión ya se produjo, por mucho que se pueda lograr aminorar sus efectos; es decir, no se puede volver atrás.

Otra posibilidad en la que se puede pensar es en la resolución del contrato la que también resulta improcedente, pues la situación en estudio consiste precisamente en la existencia de un despido en las condiciones ya analizadas. Nos queda, entonces, la indemnización de perjuicios y así acostumbramos a calificar toda suma de dinero que se pague en estas circunstancias, ya sea que la determine el juez o la fije el legislador.

Pero estas sumas a pagar no persiguen todas el mismo objetivo, aun cuando en nuestro sistema se acostumbra a diferenciar solamente en indemnización compensatoria y moratoria. La que nos interesa es la primera, esto es, aquella cuyo objetivo es precisamente compensar al acreedor los perjuicios que ha experimentado como consecuencia del incumplimiento total o parcial de la obligación, siendo ello imputable al deudor. Según las posiciones que parecen imperar en nuestro país lo que ocurre en la indemnización compensatoria es que la obligación subsiste, pero varía de objeto, es decir, la prestación a la que el deudor se había comprometido es sustituida por la indemnización de perjuicios⁽²²⁾.

En el decir de Llamas Pombo, no se trata aquí de la subsistencia de ninguna obligación, sino del nacimiento de una nueva, es decir, esta forma de cumplimiento si bien implica no cumplir la obligación en naturaleza, persigue satisfacer más bien el interés de prestación del acreedor y no tiene una finalidad resarcitoria como sí la tiene la indemnización⁽²³⁾. En otras palabras, si bien pudieran confundirse en cuanto a su materialización, en el cumplimiento por equivalencia no se está, en realidad, indemnizando el daño, sino satisfaciendo el derecho subjetivo que el contratante tuvo en vista al contratar. Esta posibilidad de reconocer en estas situaciones la incorporación de la noción de cumplimiento por equivalencia ya fue anunciada por Pamela Prado refiriéndose expresamente a las medidas a adoptar al acoger una denuncia por infracción de derechos fundamentales al trabajador⁽²⁴⁾.

Pero sea como sea que le llamemos o la teoría que sigamos, lo que queda claramente establecido es que en este tipo de pago a que se obliga al deudor no es el daño moral el que está indemnizando.

(22) TAPIA SUÁREZ, O. Ob. cit., p. 112.

(23) LLAMAS POMBO, Eugenio. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Medir Trivium, Madrid, 1999, pp. 236-255.

(24) PRADO LÓPEZ, Pamela. "Breves Notas ...". Ob. cit., p. 271.

Volviendo a lo nuestro, específicamente a la situación del despido abusivo, debemos tener en consideración que se está frente a una decisión que el empleador adopta, estando de mala fe, y ocultando las verdaderas motivaciones del mismo, con el fin de eludir el pago de las indemnizaciones.

Como ya se adelantó, en esta situación el legislador ha dispuesto el pago de dos tipos de indemnizaciones. Una que reconoce la antigüedad del trabajador y que es equivalente a la que habría podido obtener frente a cualquier despido injustificado, indebido o improcedente. La otra es la llamada adicional, en que se le dejó abierta la posibilidad al juez de efectuar una graduación entre un mínimo y un máximo, teniendo como referencia solamente la última remuneración mensual devengada por el trabajador.

Según lo ya analizado pareciera que esta última indemnización no es ni una sanción al empleador ni tampoco está indemnizando el daño moral. Por el contrario, constituye una indemnización que persigue satisfacer más bien el interés de prestación del acreedor que se vio afectado por el incumplimiento de su contraparte. Confirma lo dicho la historia fidedigna del establecimiento de la ley. El tenor original de la norma era el siguiente: “El trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal, en cuyo caso el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones derivadas de la relación laboral durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y aquella en que se materialice la reincorporación, o la indemnización establecida en el artículo 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.

En caso de optar por la indemnización a que se refiere el inciso anterior, esta será fijada incidentalmente por el tribunal que conozca de la causa⁽²⁵⁾.

Como se aprecia, se ponía en un plano de equivalencia la indemnización con el retorno al trabajo, lo que induce a pensar que no se trataba de una indemnización que buscara el resarcimiento del daño moral ocasionado al trabajador.

Cierto es que la norma no se mantuvo en ese tenor, salvo en lo que dice relación con despido discriminatorio calificado de grave, único caso en que el trabajador conserva esa opción. Pero que no se haya mantenido la norma con el tenor inicial no quiere significar que pueda haber variado la naturaleza de

(25) En: *Historia de la Ley N° 20.087*, p. 259. Consultado el 20 de octubre de 2014.

la indemnización que ella contiene; por el contrario, pensar que quien ha sido afectado por un despido abusivo discriminatorio pudiera quedar debidamente indemnizado con el retorno al trabajo y el pago de las remuneraciones durante el tiempo que estuvo separado de las funciones, no hace sino corroborar lo dicho, pues sostener lo contrario, esto es, que en el caso de optar por la reincorporación el daño moral que se pueda haberse ocasionado no debe ser indemnizado, implicaría un serio conflicto con el principio de la igualdad ante la ley y, además, a aquel que nos afirma que todo daño que sufre una persona debe ser indemnizado por quien se lo causa.

Finalmente, el propio tenor de la norma nos lleva a reafirmar lo dicho. En efecto, en el inciso final del artículo 489 en análisis, el legislador dispuso que si de los mismos hechos emanaren dos o más acciones de naturaleza laboral, y una de ellas fuese la de tutela laboral, dichas acciones deben ser ejercidas conjuntamente en un mismo juicio. Precisamente, es aquí en donde se encuadra el derecho del trabajador de accionar para obtener la indemnización del daño moral causado. La limitación que ha puesto el legislador ha sido que lo haga en el mismo juicio. No entenderlo así implicaría prácticamente dejar sin aplicación la norma.

V. COMENTARIOS FINALES

De sostener que lo que se busca con la indemnización adicional es indemnizar daños, significaría que el legislador instauró una importante excepción tratándose del contrato de trabajo, al legitimar que, en este caso, el contratante afectado no goce del derecho de ver indemnizado todo daño por parte de su co-contratante incumplidor.

El sistema de regulación tarifada establecido por el legislador nunca podrá ser entendido ni aplicado como un sistema que perjudique al trabajador frente a la situación de cualquier otro contratante. Por el contrario, se trata de facilitarle las cosas evitándole la carga que le significaría tener que probar determinados presupuestos que las fundamentarían, pero nunca establecer una excepción al principio legal y constitucional de reparación integral del daño.

Finalmente, quiero hacer presente que la Corte Suprema recientemente parece haber reiniciado la idea de la aplicación de la indemnización del daño moral

frente al despido abusivo. Efectivamente, en una sentencia del 7 de octubre recién pasado en que se reconoce la procedencia del daño moral frente a un despido en que se afectó “la honra, el nombre y la imagen social y profesional del trabajador⁽²⁶⁾” fijando la indemnización por el daño moral en 15 millones de pesos. La última remuneración mensual del trabajador ascendía a alrededor de \$ 700.000. Cabe tener presente que esta causa se conoció en un procedimiento de aplicación general, no obstante que pareciera ser que se habrían reunido las condiciones para haberlo sido en un procedimiento de tutela laboral. Pero, en este caso, si aceptáramos la hipótesis de que el daño moral está suficientemente resarcido con la indemnización adicional, la indemnización habría podido ascender solo a la mitad de la que en definitiva se le otorgó.

La conclusión entonces, es clara: sostener que la indemnización adicional resarce el daño moral, implica reconocer que el procedimiento de aplicación general confiere un mejor amparo al trabajador víctima de un despido abusivo que el procedimiento de tutela especialmente concebido con ese fin.

BIBLIOGRAFÍA

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón.

- “Reparación del daño moral por despido injustificado”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25, N° 2, 1998. Comentario a jurisprudencia.
- “Responsabilidad civil del empresario por el daño moral causado a sus trabajadores”. En: *Responsabilidad civil del empresario*, Cuadernos de Extensión, N° 1, Universidad de Los Andes, 1996.

CAPARRÓS, Fernando. “Obligaciones de las partes”. En: *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 9.

GAMONAL CONTRERAS, S. y PRADO LÓPEZ, P. *El mobbing o acoso moral laboral*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2006.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. 3ª ed., Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Medir Trivium, Madrid, 1999.

(26) Rol O-18-2013, del Juzgado de Letras de La Ligua.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “La tutela judicial de los derechos laborales fundamentales”. En: *Derecho del trabajo y razón Crítica*. Gráficas Varona S.A., Salamanca.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. 2ª ed., AELE, Lima, 1997.

PRADO LÓPEZ, Pamela. “Reparación del daño moral al trabajador”. En: *Revista Laboral chilena*. N° 136, mayo de 2005.

UGARTE CATALDO, José Luis. *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. 3ª ed., Editorial Legal Publishing, Santiago, 2010.