

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho

*Profesor Patrocinante:
Sr. Víctor Ricardo Juri Sabag.
Instituto de Derecho Privado y
Ciencias del Derecho.
Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales.*

Daño moral y despido abusivo

*Memoria de Prueba presentada como
requisito para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.*

Narciso Joaquín García González - Pedro Andrés Sánchez Barria
Valdivia Chile 2003

Valdivia, 15 de Abril de 2003

SR. JUAN OMAR COFRE

U.AUSTRAL

DE MI CONSIDERACIÓN:

Tengo el agrado de informar respecto de la memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, efectuada por los señores PEDRO ANDRÉS SÁNCHEZ BARRÍA y NARCISO JOAQUÍN GARCÍA GONZÁLEZ , titulada: " DAÑO MORAL Y DESPIDO ABUSIVO "

Los memoristas primeramente se refirieron al régimen jurídico aplicable a la terminación del contrato de trabajo, es decir a las causales de terminación de contrato de trabajo establecidas en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo. En éste primer capítulo se analizó cada causal desde el punto de vista legal y jurisprudencial.

Luego los investigadores se refirieron a las indemnizaciones por años de servicios.

Especial referencia se hace a la discutida naturaleza jurídica de dichas indemnizaciones.

En el capítulo segundo , los memoristas se refirieron al daño moral, en cuanto a las nociones básicas y jurisprudencia.

Luego vincularon el contenido ético jurídico del contrato de trabajo con la indemnización del daño moral ocasionado por un despido abusivo.


Obviamente , los investigadores analizaron el concepto y varias hipótesis de despido abusivo.

Por otro lado, se refirieron a la justificación de la indemnización del daño moral ocasionado por despido abusivo.

Por último ,los investigadores analizaron profusamente el discutido tema de la naturaleza contractual de la indemnización del daño moral ocasionado por despido abusivo y por ende a la competencia y el procedimiento para demandar dicha indemnización..

En definitiva, la bibliografía y redacción de la memoria son adecuadas, se analizó la legislación en la materia y abundante jurisprudencia respecto a un tema nuevo y con un tratamiento disperso que constituye un gran aporte para los interesados en conocer y profundizar la materia de ésta memoria. En consecuencia el trabajo se califica con nota 7,0 (siete coma cero).

Atentamente.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' shape with a horizontal line across the middle, and a vertical line extending downwards from the center of the 'V'.

VICTOR RICARDO JURI SABAG

Profesor Derecho del Trabajo

Índice

Agradecimientos.	4
Introducción.	5
1. Capítulo Primero.	
Régimen jurídico aplicable a la terminación del contrato de trabajo. ...	9
1.1 Causales de término de contrato de trabajo.	18
Artículo 159 del Código del Trabajo.	19
Artículo 160 del Código del Trabajo.	23
Artículo 161 del Código del Trabajo.	37
1.2 Indemnizaciones cuyo pago procede una vez finalizado el contrato de trabajo. Naturaleza jurídica de las mismas.	41
Indemnización convencional por años de servicios.	41
Indemnización sustitutiva del preaviso.	43
Indemnización legal por años de servicios.	47
1.3 Reclamo por despido injustificado, indebido o improcedente. Indemnizaciones a que da origen en caso de declararse como tal y naturaleza jurídica de las mismas.	56
1.4 Despido indirecto. Indemnizaciones a que da origen en caso de declararse como tal y naturaleza jurídica de las mismas.	62
2. Capítulo Segundo.	
Daño moral y derecho del trabajo.	65
2.1 Nociones básicas sobre daño moral.	72
2.2 Daño moral contractual y aquiliano. Recepción jurisprudencial y elaboraciones doctrinarias en derecho común.	75
2.3 Contenido ético jurídico del contrato de trabajo. Su relación con la indemnización del daño moral ocasionado por despido abusivo.	85

3. Capítulo Tercero.	
Indemnización del daño moral ocasionado por despido abusivo.	90
3.1 Despido Abusivo. Concepto e hipótesis.	91
3.2 Justificación de la indemnización del daño moral ocasionado por despido abusivo.	94
3.3 Naturaleza contractual de la indemnización del daño moral ocasionado por despido abusivo. Competencia y procedimiento.	97
3.4 Jurisprudencia.	104
4. Conclusiones.	109
5. Bibliografía.	114

*A mis padres
y a quienes siempre creyeron en mi.
Gracias, totales.*

Narciso Joaquín García González.

*A mi familia, a pesar de que cualquier
agradecimiento que les pueda dar siempre va a ser
mínimo en comparación a lo que de ustedes he recibido.*

Pedro Andrés Sánchez Barría.

Introducción

La doctrina iuslaboralista señala como uno de los principios de esta rama del derecho su carácter expansionista, dinámico y el estar en permanente evolución. Prueba de lo dicho resulta ser el paso del antiguo derecho obrero o industrial al moderno derecho del trabajo y las constantes y periódicas reformas de que es objeto la ley laboral fundamental de la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales.

El ordenamiento laboral chileno no ha estado ajeno a esta evolución.

Ciertamente, con posterioridad al proceso de juridificación ocurrido en la década de los veinte se sigue un evidente proceso de expansión de esta normativa. Y luego de esta expansión, ya sea debido a la superación de una crisis económica o a la promoción del desarrollo, se flexibilizan las normas reguladoras de la relación laboral cuestionando la esencia misma de las instituciones jurídico laborales.

No obstante, y como una natural consecuencia del carácter dinámico del derecho del trabajo, especialmente en las últimas décadas se han desarrollado valiosas discusiones doctrinarias por las cuales se han incorporado elementos adicionales a esta rama del derecho que, lejos de afectar su vigencia, la han fortalecido.

Ciertamente, llama la atención el que antiguos problemas que han sido objeto de extensos análisis en otras disciplinas jurídicas pasen a tener hoy una marcada trascendencia en derecho del trabajo. Es el caso del tema a cuyo estudio nos abocamos en la presente memoria de prueba, a saber, la relación existente entre el daño moral y el despido abusivo.

Esta materia ha adquirido un creciente interés, tanto en la práctica judicial como en el foro académico.

Son muchas los argumentos que encontramos para explicar el fenómeno de por qué una institución tratada con detenimiento en derecho común -como lo es el daño moral- ocupa en el derecho laboral chileno un importante lugar entre los temas emergentes. Entre las posibles explicaciones encontramos el que progresivamente se ha reconocido que los derechos del trabajador exceden del sólo cumplimiento de las obligaciones estampadas en el contrato, la consideración del dependiente como una persona dotada de todos los derechos que derivan de tal condición y no sólo como un mero prestador de servicios a cambio de un precio determinado y el desarrollo de corrientes doctrinarias que asignan al trabajador una ciudadanía en la empresa y, por tanto, la titularidad de una serie de derechos que exceden la sola relación contractual.

Y no podemos desconocer la importancia de un factor extrajurídico que impulsa fuertemente la interposición de acciones judiciales tendientes a reclamar esta indemnización por daño moral, a saber, el económico. Ciertamente, frente a una mínima o inexistente indemnización por años de servicios aparece como nada despreciable una eventual indemnización por daño moral de monto no tarifado cuyo *quantum* debería superar, con creces, a las indemnizaciones legales.

En efecto, con la reforma al Código del ramo acaecida en octubre de 2001 se aumentó el monto de las indemnizaciones originadas por un despido que sea judicialmente declarado como injustificado, indebido o improcedente en beneficio de los dependientes desvinculados de la empresa.¹ Inclusive, en algunos procesos de reforma legislativa se han intentado crear indemnizaciones por despido abusivo hasta en beneficio de los sindicatos.

¹ Nuevo artículo 168 del Código del Trabajo, modificado por la ley 19.759 de 5 de octubre de 2.001.

Sin embargo, creemos que cualquier incremento porcentual de la indemnización pagadera por despido injustificado o cualquier proyecto de ley que intente introducir nuevas indemnizaciones tarifadas se tornan insignificantes con el resultado que podría tener el que nuestra jurisprudencia admita -con la legislación hoy vigente- la procedencia de indemnizar el daño moral ocasionado por despido abusivo.

No podemos obviar que la situación existente en la actualidad ocasiona serios problemas de seguridad jurídica, ya que mucho se ha discutido sobre si las llamadas indemnizaciones por término de contrato tienen, realmente, carácter reparatorio. De no ser así, deberíamos aceptar su acumulación con otras indemnizaciones en sentido estricto originadas por los perjuicios que ese despido efectivamente origine, entre ellos, los morales.

Por esto planteamos como hipótesis principal de este trabajo el que a fin de conjugar adecuadamente el principio de reparación integral del daño con una política laboral tendiente a favorecer la creación de nuevos empleos debe regularse esta materia estableciendo en derecho positivo que las sumas de dineros cuyo pago procede fenecida la relación laboral efectivamente tienen carácter indemnizatorio; indemnización que cubriría todos los perjuicios de carácter patrimonial que el despido ocasione al trabajador e inclusive los de carácter moral provocados como consecuencia de un despido, aun cuando este se declare como injustificado, indebido o improcedente en la medida que el empleador haya aplicado la causal de que se trate en forma errónea y/o de buena fe.

Postulamos que debe reservarse una indemnización del daño moral adicional a la tarifada legalmente para las hipótesis en las cuales exista un *abuso* del derecho a despedir con que cuenta el empleador, cuestión de hecho que deberá ser resuelta caso a caso por el Tribunal en atención a

ciertos parámetros objetivos y a las circunstancias concomitantes al despido.

En forma secundaria, planteamos que con las normas hoy contenidas en el Código del Trabajo procede el pago de una indemnización por daño moral en caso de producirse un despido abusivo, indemnización totalmente independiente de las tarifadas establecidas por nuestro legislador.

A fin de desarrollar este trabajo, en un primer capítulo someramente revisaremos la normativa vigente en materia de terminación de contrato de trabajo, analizando la naturaleza jurídica de las indemnizaciones cuyo pago procede fenecida la relación laboral.

Posteriormente veremos la relación existente entre daño moral y derecho del trabajo, para finalizar estudiando derechamente la indemnización por daño moral ocasionado por despido abusivo.

1. Capítulo primero.

Régimen jurídico aplicable a la terminación del contrato de trabajo

En doctrina encontramos diversos intentos tendientes a definir el fenómeno de la terminación del contrato de trabajo. Así, se ha dicho que es “aquel acto o hecho jurídico que tiene por efecto liberar al empleador y al dependiente, de los derechos y obligaciones que se impusieron, al celebrar una relación de índole laboral”.²

O simplemente se ha dicho que es “la disolución del contrato, cualesquiera que fuere su causa”.³

Por nuestra parte, consideramos más acertada la definición dada por los profesores Thayer y Novoa, quienes señalan que es “el fenómeno jurídico por el cual se extingue el contrato, queda disuelta la relación laboral y dejan de existir para las partes las obligaciones jurídicas y ético - jurídicas, patrimoniales y personales que las vinculaban”.⁴

Y sostenemos que es la definición más acertada porque enseguida advierte que no obstante la amplitud del concepto en cuanto a la muerte de todas las obligaciones entre las partes se estima que algunas obligaciones ético jurídicas, v. g., la de secreto profesional, conservan efecto vinculante aun después de expirado el contrato.

Ya definido este fenómeno jurídico recalcamos que este tema es, sin duda, uno de los que más apasiona a los tratadistas en derecho laboral. Ciertamente, y en especial cuando la terminación del contrato de trabajo se traduce en despido patronal, son variadas las circunstancias que cabe

² Nadal Serri, Daniel. *El despido en el Código del Trabajo*. Tomo I. 1ª edición de 1.988. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., Santiago, (año 1.988), p. 7.

³ Farren Paredes, Raúl, *Terminación del contrato de trabajo*. 1ª edición de 1.988. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., Santiago, (año 1.988), p. 2.

⁴ Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio. *Manual de derecho del trabajo*. Tomo II. Derecho Individual del Trabajo. 1ª edición de 1.980. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2ª edición de 1.989), p. 362.

ponderar en esta materia, tanto por la empresa como por el dependiente y por la sociedad toda.

En primer término, sabemos que los contratos se celebran para que tengan máxima eficacia desde todos los aspectos, incluso en el tiempo cuando se trata de contratos de tracto sucesivo como lo son, por ejemplo, el de arrendamiento y el de trabajo. De esto tenemos que la disolución de un contrato de tracto sucesivo no puede considerarse como un objetivo perseguido o querido por el legislador ya que las personas no celebran convenciones con miras a disolverlas cuanto antes sino que, por el contrario, buscan estabilidad en las mismas. Así, corresponde en derecho ver la disolución de un contrato de tracto sucesivo como una situación excepcional, debiendo interpretarse de forma restrictiva las normas que la establecen.

En segundo lugar, sabido es que un muy elevado porcentaje de la población, tanto a escala nacional como internacional, se encuentra sujeto a un contrato de trabajo. Y esta gran mayoría de la población ha celebrado esta convención con vistas a obtener una remuneración que habilite, al menos, para atender necesidades básicas, personales y familiares. Consecuentemente, no sólo estamos frente a la disolución de una convención cualquiera celebrada entre particulares sino que debemos ver en esta terminación de contrato la extinción de la principal, y a veces única, fuente de ingresos de que disfrutaba el dependiente y su familia.

Por esto es natural que la movilización sindical haya influido enormemente en que la normativa jurídica reguladora de esta materia le otorgue tanta o mayor resistencia al contrato de trabajo que a los restantes negocios de derecho privado, ya que existen valores humanos y sociales que se protegen dándole a esta convención la vitalidad, dureza o, si se quiere, rigidez que la comunidad reclama.

En el derecho laboral nacional esto se manifiesta en que existe una clara tendencia u opción del legislador por privilegiar la figura del contrato de duración indefinida -que otorga mayor estabilidad en el empleo y garantiza el pago de indemnizaciones tarifadas en caso de producirse la terminación por causas no imputables al dependiente- por sobre las convenciones a plazo fijo o por obra o faena determinada.⁵

En tercer lugar, en teoría al menos, el mantener un personal estable debería ser el ideal de toda empresa para lograr eficiencia en el desarrollo de su actividad productiva. Sin embargo, la realidad nos muestra que el tema de la terminación del contrato muchas veces ha estado ligado a los más reprobables pasajes de la historia de las relaciones laborales como lo son las épocas en que han abundado los despidos por razones persecutorias (en especial por prácticas antisindicales) o los despidos para reemplazar dependientes antiguos más costosos para la empresa por trabajadores nuevos con una remuneración muy inferior.

Estas situaciones fueron las que pusieron de relieve en esta disciplina jurídica la teoría de origen romanista sobre *abuso del derecho*, manifestado especialmente cuando se dan despidos sin una justa causa o motivo que sea imputable al trabajador o a las necesidades del funcionamiento de la empresa. Más adelante veremos como juega esta teoría con la determinación de que despido puede dar origen o no a indemnizar el daño moral que haya provocado.

Por último, no podemos obviar que criterios empresariales señalan que el desarrollo económico se favorecería si la referida vitalidad y rigidez del contrato de trabajo no fuese tan fuerte, sino más bien débil, ya que la

⁵ Así, en el número 4 del artículo 159 del Código del Trabajo se establece que la duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder, por regla general, de un año. Igualmente, contempla esta norma dos hipótesis de transformación ipso jure de contratos a plazo fijo en contratos indefinidos y una hipótesis en que se presume legalmente que un trabajador ha sido contratado en virtud de una convención de duración indefinida si este ha prestado servicios en virtud de más de dos contratos a plazo si concurren otros requisitos que la disposición señala.

movilidad de la mano de obra es necesaria para un proceso de desarrollo económico acentuado. Y agregan que esta movilidad de la mano de obra debe ser tal que el legislador no debe entorpecer ni la libre contratación ni el despido, siendo de responsabilidad social la manutención de los niveles de ingreso de los dependientes desvinculados mediante la existencia de un seguro de cesantía eficaz.

Como vimos, existen múltiples factores jurídicos, económicos, humanos y hasta morales que se entremezclan en el fenómeno de la terminación del contrato de trabajo. Creemos que la normativa reguladora de esta materia nunca podrá obviar la esencial preocupación por la *dignidad de la persona humana*, caracterizadora del derecho del trabajo, reemplazándola por la búsqueda desenfrenada de un desarrollo económico no importando el costo social que implique su obtención.

Efectuadas estas consideraciones de carácter general y previo veamos someramente la evolución histórica que ha tenido esta materia en la legislación nacional.

En primer término debemos remontarnos a la ley 4.053 del año 1.924, que regulaba el contrato de trabajo para *obreros* estableciendo un sistema de *libre despido* atenuado solamente por la exigencia de un *plazo de preaviso*, ya que era facultad del acreedor de trabajo el poner término al contrato mediante desahucio cuando lo estime conveniente, sin invocar motivo alguno, con la sola limitante de tener que dar al dependiente un aviso con seis días de anticipación o abonarle una suma de salario equivalente a seis días de trabajo.

Por su parte, la ley 4.059 sobre contrato de trabajo para *empleados particulares* también estableció un sistema de *libre despido*, pero atenuado tanto porque exigía un *plazo de preaviso* como porque instauró una *indemnización adicional*. En efecto, esta norma estableció el desahucio con

un preaviso de un mes, a lo menos, más una indemnización de cargo del empleador equivalente a tantos sueldos como fueren los años completos de servicios. Y podía obviarse el preaviso si se pagaba al dependiente el equivalente a un mes de remuneración.

Estas disposiciones pasaron a formar parte del Código del Trabajo del año 1.931. Con todo, a partir del la dictación de la ley 6.020 del año 1.937 se cambia el sistema de indemnización de cargo del empleador a una forma de ahorro obligatorio o remuneración diferida administrada por la Caja de Previsión de Empleador Particulares. De esta forma, en lo sucesivo, fue esta entidad la que pagó la indemnización por años de servicios, beneficiando a todos los empleados que cesaren en la relación laboral por cualquier causa.

Posteriormente, la ley 10.475 del año 1.952 eliminó la indemnización por años de servicios para los empleados particulares, ya que la cotización de cargo patronal ascendiente a un 8.33 % de la remuneración destinada para ese efecto se incluyó como una de las fuentes de financiamiento del sistema de pensiones.

El referido sistema de libre despido –más o menos atenuado, según se trate de empleados u obreros- se mantuvo hasta el 6 de abril de 1.966, fecha en la cual se publica la ley 16.455 que marca un verdadero hito en la evolución del derecho laboral nacional en esta materia.

En efecto, esta norma –conocida como ley de inamovilidad en el empleo- en su artículo 12 eliminó la distinción entre obreros y empleados hablando sólo de *trabajadores*, estableciendo un régimen jurídico único y común. Sostenemos que marcó un hito ya que instauró en nuestra legislación el régimen de *estabilidad relativa en el empleo* en virtud del

cual, para poner término a un contrato de trabajo, siempre se debe invocar una causa justa.⁶

Si en el hecho el empleador despedía al trabajador sin señalar causal legal o invocando una causal legal de manera injustificada, esto es, no probada en juicio, el Tribunal lo obligaba a reincorporar al dependiente pagando su remuneración íntegra por el periodo de separación y bajo sanción –en caso de negativa- de pagar una determinada indemnización.

Y esta indemnización debía ser pagada sí dentro de los dos días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia definitiva el empleador no reincorporaba al dependiente. Si no se daba cumplimiento a la orden de reincorporación el juez, de oficio o a petición de parte y por vía incidental, debía regular la indemnización que no podía ser inferior a un mes por año

⁶ Los dos primeros artículos de la ley 16.455 expresaban:

Art. 1. El empleador no podrá poner término al contrato de trabajo sino en virtud de causa justificada.

Art. 2 Serán causas justificadas de terminación del contrato de trabajo las siguientes:

1. La conclusión del trabajo o servicio que dieron origen al contrato;
2. La falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada;
3. Las negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador;
4. Los actos, omisiones e imprudencias temerarias que afecten a la seguridad del establecimiento o de los trabajadores o a la salud de estos;
5. El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías;
6. La no concurrencia del trabajador a sus 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 al trabajo, de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación en la marcha de la obra;
7. El abandono del trabajo por parte del trabajador.
Se entiende por abandono del trabajo:
 - a) La salida intempestiva e injustificada 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;
8. El caso fortuito o fuerza mayor;
9. La falta o pérdida de la aptitud profesional del trabajador especializado, debidamente comprobada, de acuerdo al Reglamento. Este Reglamento deberá ser dictado, previo informe favorable del Servicio Nacional de Salud y de la Superintendencia de Seguridad Social;
10. Las que sean determinadas por las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio;
11. El incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato;
12. La expiración del plazo del contrato.

La duración del contrato de plazo fijo no podrá ser superior a seis meses. El hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo estipulado, transforma el contrato a plazo en contrato de duración indefinida.

13. Reunir el trabajador los requisitos exigidos por el respectivo sistema de previsión para jubilar por invalidez.

En este caso el empleador podrá iniciar o tramitar el expediente respectivo y no se podrá autorizar la separación del trabajador sin que conste fehacientemente que comenzará a percibir la respectiva pensión en el mes siguiente.

de servicios prestados a la misma empresa y fracción superior a seis meses, más la remuneración íntegra del periodo de separación.

Además, agregaba la ley que esta indemnización lo era sin perjuicio de cualquiera otros beneficios o indemnizaciones que las leyes o contratos otorguen al trabajador.⁷

Como podemos apreciar, bajo la vigencia de esta normativa la indemnización no era una opción facultativa para el empleador frente a la reincorporación sino que, teóricamente al menos, esta indemnización era una especie de sanción por no reincorporar al trabajador en contravención a una orden judicial.

Así, la causa de la indemnización no era el despido injustificado sino que la negativa a reincorporar.

Posteriormente, en el marco del proceso de flexibilización laboral impulsado en el año 1.978, el Decreto Ley 2.200 derogó este régimen de estabilidad, sustituyéndolo por uno de *libre despido* que, en lo sustancial, impera hasta hoy. En esta ley se estableció que la generalidad de los trabajadores podían ser desahuciados, esto es, despedidos por el empleador de forma unilateral y sin necesidad de que este exprese causa o fundamento alguno.

No se trataba de un sistema de libre despido puro sino que *atenuado*, ya que se consagró expresamente la indemnización por años de servicios, sin tope de años, como un derecho de los trabajadores que eran desahuciados por el empleador y se exigía un preaviso de un mes, a lo menos, o el pago de la remuneración correspondiente a ese período a título de indemnización.

⁷ Sin embargo, revisados los repertorios jurisprudenciales no se encontraron casos en que se hayan intentado acciones tendientes a obtener la reparación del daño moral ocasionado por un despido abusivo.

De esta forma, la indemnización por años de servicios perdió el carácter de *sanción* condicionada, primero, a la sentencia que declara injustificado el despido y, enseguida, a la negativa del empleador a reincorporar al trabajador, pasando a convertirse en una *carga o prestación pecuniaria* ligada a la ejecución de un acto jurídico absolutamente lícito, cual es el desahucio.

Por otra parte, el artículo 19 de este D.L. señalaba que si el empleador invocaba maliciosamente para el despido algunas causales de especial gravedad para el dependiente (falta de probidad, vías de hecho, conducta inmoral grave, entre otras) debía indemnizar los perjuicios que ello hubiese acarreado al trabajador, siendo esta indemnización acumulable a la originada por desahucio.

Posteriormente, la ley 18.018 de 1.981 suprimió totalmente la indemnización por años de servicios con lo cual tuvimos nuevamente, por un breve periodo, un sistema de *libre despido* atenuado tan sólo por el plazo de preaviso ya referido. Este sistema de libre despido se atenúa un poco más con la dictación de la ley 18.372 que restituyó la indemnización por años de servicios, pero con un exiguo tope de 150 días de remuneración.

Las referidas disposiciones fueron recogidas por el Código del Trabajo dictado en el año 1.987.

En el año 1.990, con la dictación de la ley 19.010, se restringió la causal de término de contrato *desahucio*, ya que su aplicación se limitó sólo a determinadas clases de trabajadores⁸ -pudiendo aplicarse esta causal discrecional sólo para aquellos- restableciendo para la generalidad de los dependientes del país la causal objetiva *necesidades de la empresa*,

⁸ Conforme al actual inciso segundo del artículo 161 del Código del Trabajo puede desahuciarse a trabajadores que tengan poder para representar al empleador siempre que estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración, a dependientes de casa particular y a aquellos que ocupen cargos o empleos de exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.

establecimiento o servicio, originalmente contemplada en la ley 16.455, sin perjuicio de que con ambas procede el pago de la misma indemnización por años de servicios.

Salvo acuerdo de las partes en contrario, si concurre alguna causal objetiva que no sea la de necesidades de la empresa o alguna causal que le sea imputable al trabajador despedido este no tendrá derecho a indemnización alguna, salvo que su desvinculación sea declarada como injustificada, indebida o improcedente.

Así, la indemnización por años de servicio -cuyo tope se amplió por esta ley a 330 días de remuneración- se configura como una suma de dinero que el empleador tiene obligación de pagar al trabajador cuando pone término a la relación de trabajo por la causal necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o desahucio, en su caso, o cuando lo hace sin invocar causa legal o invocando una injustificada, indebida o improcedente. En este último evento la indemnización por años de servicios sufre ciertos aumentos porcentuales sin que, por regla general, proceda la reincorporación del dependiente desvinculado.

Concluyendo, en términos generales podemos sostener que la normativa sobre terminación de contrato de trabajo contemplada en la ley 19.010 es la que hoy nos rige bajo el actual Código del Trabajo, D.F.L. N° 1 de 7 de enero de 1.994, estableciendo un sistema de *libre despido atenuado*⁹ ya que en caso de producirse un despido sin invocar una causal legal o invocando una injustificada, indebida o improcedente este *surtirá plenos efectos*, obligando al empleador -por regla general- sólo al pago de una indemnización y no a la reincorporación del trabajador despedido.

⁹ Humeres Magnan, Héctor y Humeres Nogueira, Héctor, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 1ª edición de 1.956. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (15ª edición de 1.997), p. 235 lo llaman sistema de inamovilidad relativa precaria o cuasi relativa.

1.1 Causales de término de contrato de trabajo.

Previo a analizar someramente cada una de las causales de terminación de la convención laboral debemos dilucidar la situación que se nos plantea por los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo en orden a determinar si la enumeración de causales contenida en dichas normas tiene o no carácter taxativo.¹⁰

Sostenemos que la enumeración establecida en dichos artículos es taxativa.

Y ello, en primer término, porque ya la redacción de la primera parte de estos artículos nos entrega luces o indicios al respecto.¹¹

En segundo lugar, y mucho más importante que este argumento de texto, porque estimamos que las causales contempladas en el Código del ramo son específicas y solamente se pueden aplicar aquellas a la disolución del contrato de trabajo. No podrían aplicarse las normas que reglan los contratos civiles por cuanto en ellas impera el principio de la autonomía de la voluntad, cuya aplicación en derecho del trabajo está extraordinariamente restringida dado el carácter proteccionista que informa a esta disciplina jurídica.

En efecto, este carácter proteccionista ha determinado que las normas que conforman esta rama del derecho sean de *orden público*, por lo

¹⁰ Dicho carácter sin perjuicio de normas contempladas para trabajadores sujetos a contratos con reglamentación especial y de normas excepcionales del ordenamiento jurídico, v. g., el inciso 2º del artículo 152 del Código del Trabajo que establece que toda enfermedad contagiosa, clínicamente calificada, de una de las partes del contrato de trabajo de dependientes de casa particular o de los que habitan la casa, da derecho a la otra parte para poner término al contrato, y el artículo 17 de la ley 17.671 aplicable a dependientes afiliados al régimen previsional de la Ex Caja de Previsión de Empleados Particulares que, estando en servicio activo, hubieren iniciado sus trámites para jubilar: su contrato de trabajo terminará a contar del primer día del mes siguiente al de la fecha de la resolución que aprueba su jubilación.

¹¹ La primera parte del artículo 159 del Código del Trabajo señala: “El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos:...”.

Por otra parte, señala el encabezado del artículo 160 que: “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:...”.

Finalmente, señala el artículo 161 que: “Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo...”.

cual se tornan inaplicables a la convención laboral las normas contractuales de derecho común si contrarían este ánimo de protección de la parte débil del contrato de trabajo, vulnerando los mínimos establecidos en la ley.

Sin embargo, debemos aclarar que si bien la referida enumeración es taxativa no es menos cierto que dentro de esta existen algunas causales que tienen un marcado carácter genérico, de tal forma que en ellas pueden caber múltiples situaciones de hecho, como sucede con la causal *incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato*.

A continuación, procedamos a analizar someramente cada una de las causales de terminación de la convención laboral contenidas en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo, revisando jurisprudencia judicial sólo en caso que aquello resulte estrictamente necesario para determinar su verdadero sentido y alcance o para ilustrar controversias relevantes ya que, dado el propósito de este trabajo, no podemos realizar un estudio con profundidad sobre este tema en particular.

Artículo 159 del Código del Trabajo.

1. Mutuo acuerdo de las partes.

Acorde lo establecido en el artículo 1.545 del Código de Bello las partes tienen la libertad y autonomía para decidir la disolución del contrato, invalidando sus efectos.

Nada impide -por consiguiente y en la medida que se tomen ciertos resguardos formales para asegurar la libre expresión de voluntades- que empleador y trabajador se pongan de acuerdo para poner término a la relación laboral.

2. Renuncia del trabajador.

El trabajador dispone de la más amplia libertad para poner término a su prestación de servicios, cuando lo estime conveniente, sin que sea necesario invocar los motivos que determinan su decisión y sin que sea relevante para la validez de la renuncia una eventual oposición por parte del acreedor del trabajo.

Sólo se exige por el legislador que esta renuncia sea avisada al empleador, a lo menos, con treinta días de anticipación. En caso de que una renuncia se verifique sin la anticipación mínima exigida por la ley esta no es nula, surte plenos efectos y no autoriza al empleador a retener -a título de indemnización- suma alguna a la cual estuviere obligado.

Ello sin perjuicio de que persiga una indemnización por los perjuicios que esta renuncia intempestiva le provocare, conforme las reglas generales.

3. Muerte del trabajador.

La terminación del contrato se produce por la sola ocurrencia de este suceso. Ello, ya que con relación a la parte trabajadora el contrato de trabajo se ha celebrado *in tuito persona* no siendo procedente la transmisión de obligaciones a terceros.

Por el contrario, si quien fallece es el empleador la relación laboral se mantiene vigente, siendo sus obligaciones plenamente transmisibles a menos que los herederos acrediten que la sucesión no puede continuar con el giro ordinario del causante.

4. Vencimiento del plazo convenido en el contrato.

Como indicamos anteriormente, atendida la naturaleza de la relación laboral nuestro ordenamiento jurídico privilegia los contrato de trabajo de duración indefinida por sobre los de duración determinada, como lo son

los contratos a plazo fijo y los contratos por obra, faena o servicio determinado.

En la modalidad a plazo fijo, que consagra el número 4 del artículo 159 del Código, las partes de antemano establecen el tiempo que durará el contrato fijando con certeza su momento de terminación.

Dada la naturaleza de este tipo de contratos opinamos que no resulta lícito que el empleador le ponga término de manera anticipada, salvo que medie alguna causal imputable al trabajador o alguna causal que se imponga a la voluntad de las partes.

En caso contrario, el empleador debería indemnizar los perjuicios que esta terminación intempestiva le ocasione al dependiente desvinculado, lo que se traducirá en el pago de las remuneraciones hasta el día del vencimiento del plazo.

Así, creemos que sería improcedente el terminar este tipo de contratos aplicando la causal *desahucio*. En cambio, dada su actual naturaleza objetiva, sostenemos que resulta lícito el terminarlos por la causal *necesidades de la empresa, establecimiento o servicio*.¹²

5. Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.

En palabras de los autores Melis y Sáez “conceptualmente podemos decir que el contrato por obra o faena transitoria es aquel cuya duración obedece a la duración de los servicios u obras, los que por su naturaleza necesariamente han de terminar o concluir, es decir tienen una duración limitada en el tiempo, pero a diferencia de los contratos a plazo fijo, en este

¹² En este sentido se pronuncia la Dirección del Trabajo. En efecto, el órgano fiscalizador sostiene que: “No existe inconveniente en poner término a un contrato por obra o faena o un contrato a plazo fijo por la causal necesidades de la empresa, prevista en el inciso 1º del artículo 3 de la ley N° 19.010, sin perjuicio de lo que resuelvan en definitiva los tribunales de justicia”. (Ord. N° 5.379 de 05.10.93)

Una opinión distinta sostiene la jurisprudencia, la cual para estos efectos asimila la causal necesidades de la empresa a una subjetiva que sólo depende de la voluntad del empleador, estableciendo que ella sólo opera respecto de los contratos indefinidos. Así, se ha fallado que: “Si el contrato laboral es de plazo fijo, su extinción anticipada, por voluntad unilateral del empleador, conlleva la obligación de pagar las remuneraciones pactadas, directamente como tales o a título de indemnización, puesto que de lo que se trata es de obtener los efectos previstos en el contrato”. (Corte Suprema, fallo de fecha 03.08.95, rol N° 6.185)

caso el momento de término reviste el carácter de indeterminado, es decir, se sabe que va a ocurrir pero no se sabe cuando”.^{13/14}

Dado que los contratos celebrados para la realización de una obra, faena o servicio son de duración *determinada* creemos que no es procedente el que se les ponga término antes de la conclusión de la respectiva obra, faena o servicio sin que medie alguna causal imputable al trabajador o alguna causal que se imponga a la voluntad de las partes debiendo el empleador, en caso contrario, indemnizar los perjuicios que esta terminación intempestiva provoque al dependiente pagando las remuneraciones hasta el día de la conclusión de la respectiva obra.

Al igual que en el caso de los contratos a plazo, existe discrepancia en cuanto a la posibilidad de aplicar en estos contratos la causal *necesidades de la empresa, establecimiento o servicio*. A este respecto, nos remitimos a lo dicho al tratar el vencimiento del plazo como causal de terminación del contrato de trabajo.

6. Caso fortuito o fuerza mayor.

Definido por el artículo 45 del Código Civil como el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Sólo en la medida que la imposibilidad de otorgar el trabajo convenido sea permanente y total se configurará esta causal de terminación de contrato, exonerándose las partes de cumplir las obligaciones emanadas de la convención laboral.

¹³ Melis Valencia, Christian y Sáez Carlier, Felipe. *Derecho del trabajo*. Tomo I. 1ª edición de 2.000. Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, (año 2.000), p. 247.

¹⁴ La jurisprudencia ha sostenido que: “Por conclusión de los trabajos o servicios que dieron origen al contrato como causa justificada de despido, el legislador solamente se puede referir a la situación en que se encuentra un trabajador contratado para realizar una obra material o intelectual finable, que tiene fin, causal inaplicable a quien haya sido contratado indefinidamente, pues tal intemporalidad se opone a lo que necesariamente ha de terminar, concluir o acabar según una objetiva previsión del tiempo”. (Corte Suprema, fallo de 07.07.83 aparecido en una publicación de la Comisión de Estudios Laborales. *Código del Trabajo. Concordancias, Comentarios, Jurisprudencia judicial, Jurisprudencia administrativa*. Tomo I. 1ª edición de 1.999. Editorial Libromar Ltda., Valparaíso, (año 1.999), p. 688)

Al igual que en derecho común, para considerar en derecho del trabajo que nos encontramos frente a un caso fortuito o fuerza mayor los hechos que lo constituyen deben ser imprevisibles, irresistibles y no imputables al empleador.¹⁵

Artículo 160 del Código del Trabajo.

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.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, *probidad* indica rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad en el obrar, honradez.

A decir de los profesores Thayer y Novoa “invariablemente la jurisprudencia ha considerado que media falta de probidad cuando se ha incurrido en algún hecho delictivo y, también, cuando se ha realizado un acto que bordea el Código Penal, aunque no este encuadrado en la conducta típica jurídico - penal, a juicio de la judicatura del crimen, si él denota una falta de probidad o un proceder deshonesto”.¹⁶

Cabe hacer presente que la redacción de esta causal se modificó por la ley 19.759 de 5 de octubre de 2.001.

En efecto, previo a la dictación de esta ley sólo se hacía referencia a la existencia de falta de probidad, recogiéndose así la redacción que venía desde la ley 16.455.

¹⁵ Así, se ha fallado que: “Con diversas pruebas, quedó comprobado que el incendio se originó por chispas del cañón de la caldera que cayeron en desechos de madera desde donde se propagó el fuego abarcando toda la planta. De dichas circunstancias puede inferirse que la demandada estuvo en condiciones de prever y evitar el incendio, cuidando que no se amontonaren desechos de madera altamente combustibles en las cercanías del cañón de la caldera, lo que basta para privar al mencionado hecho del carácter de fortuito o de fuerza mayor”. (Corte Suprema, fallo de 04.05.94 aparecido en Melis Valencia, Christian y Sáez Carlier, Felipe. Op. cit. en nota N° 13, p. 259)

¹⁶ Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio. Op. cit. en nota N° 4, p. 389.

En cambio, la nueva redacción acotó la causal exigiéndose por el legislador que esta se haya producido *en el desempeño de las funciones del trabajador*. Sin embargo, y con anterioridad a esta modificación, la doctrina ya estaba conteste en exigir que la falta de probidad se haya producido en estas circunstancias.¹⁷

La aplicación de esta causal supone hechos imputables al dependiente y que tienen directa relación con su comportamiento laboral. De esta forma, la probidad aparece como un elemento que no puede ser ajeno a la integridad y corrección que todo trabajador debe observar y respetar, principalmente en el lugar o empresa en que presta servicios.¹⁸

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

Al igual que en el caso anterior, la redacción de esta causal fue modificada por la ley 19.759, restringiendo el sujeto pasivo de las vías de hecho al *empleador o a otro trabajador de la misma empresa*.

Como sabemos, para estos efectos debemos entender por vías de hecho toda agresión física contraria a derecho.

La finalidad de instaurar esta causal se encuentra en el propósito del legislador de garantizar el respeto mutuo y la disciplina que en todo establecimiento o centro de trabajo debe existir entre los diversos dependientes que en él laboran y de ellos para con él empleador.

¹⁷ Así, v. g., en su oportunidad se había dicho que: “Para que esta causal pueda prosperar, se requiere que dicha falta de que se acusa al trabajador vaya en relación directa con un acto propio de su función”. Comisión de Estudios Laborales. Op. cit. en nota N° 14, p. 726.

¹⁸ Sólo a vía ejemplar destacamos los siguientes fallos dictados con relación a esta causal: “La sustracción de un producto alimenticio de propiedad del empleador no puede tenerse como un hecho constitutivo de falta de probidad de un trabajador que durante 24 años ha colaborado con su desempeño al funcionamiento de la empresa”. (Corte Suprema, fallo de fecha 12.06.95, rol N° 7.293)

“El proporcionar información confidencial de la empresa en que labora, a otra de la competencia, constituye falta de probidad”. (Corte Suprema, fallo de fecha 21.08.96, rol N° 2.798)

“Según reiterada jurisprudencia, la circunstancia que a un empleado –más aun de una institución financiera– le sean protestados documentos por falta de pago, implica incurrir en la causal de falta de probidad, desde que ésta constituye integridad y honradez en el obrar, lo cual no puede predicarse de quien no cumple oportunamente sus compromisos”. (Corte Suprema, fallo de fecha 31.08.95, rol N° 2.483)

Pronunciándose con relación a la aplicación de esta causal la jurisprudencia ha excusado las hipótesis de legítima defensa –por no ser contrarias a derecho- y aquellas en que la pendencia se desarrolla fuera de la jornada laboral, en circunstancias distintas a la prestación de servicios. Por otra parte, nuestros tribunales no necesariamente han exigido la concurrencia de perjuicios de orden patrimonial para tener por concurrente la causal que nos ocupa.¹⁹

c) Injurias proferidas por el trabajador al empleador.

Causal cuya redacción igualmente fue restringida por la referida ley 19.759 de octubre de 2.001, estableciendo que las injurias sólo constituyen esta causal de término si se profieren *contra el empleador*.²⁰

A pesar de no configurar esta causal, sostenemos que injurias graves y debidamente comprobadas proferidas por un dependiente, v. g., contra un cliente de la empresa en que se desempeña perfectamente pueden configurar otra causal de terminación de contrato como lo es el incumplimiento grave por parte de este trabajador de las obligaciones que le impone su contrato, ya que evidentemente afectará las relaciones comerciales del establecimiento donde presta servicios.

Para efectos de terminación de contrato de trabajo, podemos entender por injurias cualquier acción que implique afrenta o agravio,

¹⁹ Así, se ha resuelto que: “Si el trabajador sólo se ha limitado a defenderse de la agresión de que le hizo víctima su jefe directo, a quien causó lesiones de carácter leve, debe concluirse que su conducta no ha sido constitutiva de la causal de despido invocada por la demandada”. (Corte Suprema, fallo de fecha 09.06.83, rol N° 3.458)

“No se configura la causal... si la pendencia... no se produjo durante la jornada de trabajo y no se ha alterado la tranquilidad y disciplina debidas, si se considera que en el momento de acontecer el hecho se efectuaba una celebración privada en el local”. (Fallo citado por Melis Valencia, Christian y Sáez Carlier, Felipe. Op. cit. en nota N° 13, p. 265)

“Un hecho de esta clase (riñas o peleas) altera gravemente la disciplina que debe imperar en un establecimiento, por lo que quienes lo protagonizan deben ser sancionados con el despido de sus deberes”.

“No es necesaria la existencia de perjuicios económicos para la industria para calificar de grave el incidente y sancionar a quienes intervinieron en él”. (Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 28.03.96, rol N° 4.291)

²⁰ Aun sin esta reforma la jurisprudencia ya entendía esta causal de término de contrato de la forma indicada. Así, se falló que: “Las injurias proferidas por los trabajadores contra un 3°, que no es ni representa a la empresa, impiden al empleador invocar la causal de terminación de contrato de trabajo del N° 1 del artículo 160 del Código del Trabajo, por ser evidente que aquellas no fueron proferidas contra el empleador”. (Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 25.01.95, rol N° 2.530)

esto es, el hecho o dicho que ofende la honra sin que necesariamente deba asimilarse o equipararse este concepto al existente en materia penal.²¹

Con relación a esta causal, cabe hacer presente que al analizar el caso concreto de que se trate tiene que discurrirse sobre factores tales como el contexto en que se profieren las palabras, el nivel educacional de los dependientes y el ánimo inspirador de la expresión o acción en cuestión para determinar si el hecho o dicho de que se trate alcanza a configurar esta causal de término de contrato de trabajo.²²

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

Se tendrá por concurrente esta causal en la medida que el actuar del dependiente se aparte de los cánones normales y aceptables de comportamiento aceptados por la generalidad de la sociedad.

Así, en la medida que el trabajador no rija su comportamiento por estas elementales normas éticas y de moral, revelando una actitud de ofensa y menosprecio hacia la persona de su empleador o de sus compañeros de trabajo, o inclusive hacia otras personas vinculadas a su quehacer laboral, el empleador quedará facultado para poner término al contrato de aquel dependiente aplicando esta causal.

²¹ Ciertamente, “Las injurias que la ley señala como suficientes para justificar el despido del trabajador no son las mismas que constituyen el delito de injurias en la forma que exige el Código Penal, sino que deben entenderse en su sentido natural y obvio, es decir, como expresiones que agravan o ultrajan a otro, mediando obras o palabras que lo agravan”. (Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, fallo de fecha 21.08.87, rol N° 206)

²² A modo ejemplar: “No puede considerarse injuriosa en los términos del artículo 160 N° 1 del Código del Trabajo, toda vez que lo natural entre personas que efectúan funciones como aquellas materias del contrato, como también entre compañeros, es la utilización de frases directas y de términos francos, sin que su empleo implique injuria, menoscabo o desprestigio”. (Corte Suprema, fallo de fecha 30.09.96, rol N° 2.922)

“El uso de expresiones soeces de un trabajador para con su jefe, si bien no son correctas y adecuadas, pueden estimarse que no son constitutivas de injuria o de conducta inmoral grave, atendido el nivel cultural del trabajador y la habitualidad del empleo de expresiones, incorrectas e inadecuadas en dicho estrato socioeconómico de población, debiendo tenerse en cuenta, además, que ello habría ocurrido en una sola oportunidad en el lapso de cinco años de trabajo”. (Corte Suprema, fallo de fecha 27.06.94, rol N° 3.999)

Al igual que las otras hipótesis del número 1 del artículo 160 del Código del Trabajo la redacción de la misma fue restringida por la citada ley 19.759, exigiéndose que la conducta inmoral del trabajador *afecte a la empresa donde se desempeña*.

Por último, y con relación a las cuatro hipótesis comprendidas en el artículo 160 del Código del Trabajo, debemos tener presente que la conducta de que se trate debe ser *grave* y estar *debidamente acreditada*. Ciertamente, la ley 19.759 puso de relevancia estas exigencias de modo expreso sin perjuicio de que, con anterioridad a su dictación, la doctrina y la jurisprudencia ya las consideraban necesarias para entender configuradas las causales en cuestión,²³ lo cual resulta obvio si consideramos las nefastas consecuencias que puede traer para el futuro laboral del dependiente despedido el que en su finiquito aparezca alguna causal de tanta gravedad como lo son las contenidas en este numeral.

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.

Sólo se configurará esta causal si la prohibición se ha establecido *por escrito* en el respectivo contrato de trabajo.

Sin embargo, muy bien advierten Thayer y Novoa²⁴ que del contenido ético jurídico del contrato de trabajo nace para el dependiente la *obligación de lealtad y de prohibición de competencia desleal*, razón por la cual la prohibición que consagra este numeral debería presumirse y lo que

²³ En este sentido, Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio. Op. cit. en nota N° 4, p. 388 cita jurisprudencia y destaca con relación a la gravedad de las circunstancias que:

“En lo que debe entenderse por falta de probidad, vías de hecho, injurias y conducta inmoral grave hay siempre un factor de ponderación y equilibrio, cuyo límite, en definitiva, quedará entregado a la prudente decisión judicial”.

“En todo caso, la ley preceptúa que ellas deben revestir un carácter de gravedad...”.

²⁴ Id., p. 390.

correspondería –teóricamente– es que el empleador autorice de forma expresa que el trabajador realice negociaciones dentro del giro del negocio.

Y agregan estos profesores que la jurisprudencia ha salvado esta situación sentenciando que incurre en *falta de probidad* el dependiente que realiza actos notorios y graves de lo que la doctrina y el derecho comparado denominan competencia desleal.²⁵

Por otra parte, y con respecto a las prohibiciones de efectuar negociaciones dentro del giro del negocio del empleador que estén contenidas en el reglamento interno de la empresa, cabe hacer presente que la jurisprudencia las ha aceptado considerando este reglamento como parte integrante del contrato de trabajo.²⁶

3. No concurrencia del trabajador a sus 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.

Se fundamenta esta norma en que la efectiva asistencia y prestación de servicios por parte del dependiente es la contrapartida necesaria de la prestación a que está obligado el empleador, cual es el pago de la remuneración.

Este numeral contempla las siguientes hipótesis de ausencia injustificada que hacen procedente el despido por aplicación de esta causal:

²⁵ Ibid. Se trae a colación un fallo del siguiente tenor: “Incorre en falta de probidad el trabajador que forma una sociedad con terceros para explotar un negocio similar al de su empleador, pues es lógico que ello lleva consigo competencia desleal y desinterés en los negocios de esta”. (Corte Suprema, fallo de 17.11.77)

²⁶ Así se ha resuelto que: “Ha incurrido en la 2ª de las causales de caducidad del contrato, contenidas en el artículo 14 del D.L. 2.200, el dependiente que ha efectuado trabajos del giro de la empresa empleadora estando en conocimiento de la prohibición existente a este respecto en el Reglamento Interno, causal que no se desvirtúa por la circunstancia de haberse realizado dichos trabajos fuera del horario de oficina”. (Corte Suprema, fallo de fecha 09.10.85, rol N° 1.103)

a) Ausencia injustificada por dos días seguidos.

Al respecto debe entenderse que los dos días de ausencia necesariamente deben ser corridos. Así, no se configura esta causal si existen dos días hábiles seguidos de ausencia que no sean corridos por haber mediado un domingo o festivo.²⁷

El fundamento de lo recién indicado descansa en que, conforme el Diccionario de la Real Academia Española, *seguido* significa sin intermisión de tiempo.

b) Ausencia injustificada durante dos lunes en el mes.

Hipótesis establecida para desincentivar la aun existente tendencia a alargar indebidamente el tiempo de descanso de un fin de semana. No altera las consecuencias que se derivan de estas inasistencias el hecho de que los lunes de que se trate sean seguidos o alternados, ya que sólo se exige que se den dentro del mismo mes.

c) Ausencia injustificada durante tres días en el mes.

Con relación a esta hipótesis y a la recién comentada, se exige por el legislador que las ausencias injustificadas se den, precisamente, dentro del término de un mes calendario.

De este modo, no se configurarán estas causales si las ausencias se dan, v. g., en un periodo comprendido entre los días 15 de dos meses consecutivos ya que este lapso de tiempo no conforma un mes calendario.

d) Ausencia injustificada o sin aviso previo de un trabajador a cargo de una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.

²⁷ En igual sentido se ha resuelto que: “La falta de justificación de las inasistencias al trabajo los días domingo 22 y el martes 24 de noviembre de 1.981, de un trabajador que tenía libre los lunes, por no ser seguidas, no configuran, en caso alguno, la causal de despido contemplada en el N° 3 del artículo 14 del D.L. 2.200 de 1.978”. (Corte Suprema, fallo de fecha 01.06.83, rol N° 3.270)

Se justificaría esta causal en que un trabajador con tal nivel de importancia en el desarrollo de la empresa se presume calificado debiendo, teóricamente al menos, tener óptimas condiciones de contratación por lo que podría exigírsele una mayor dedicación en su prestación de servicios.

En caso de que la inasistencia del trabajador no ocasione trastornos de gravedad o no afecte el curso normal de las actividades de la empresa no se configurará esta causal, resultando improcedente su aplicación.

En relación con las recién referidas cuatro hipótesis contenidas en este numeral debe destacarse que en todas ellas se exige que la ausencia de que se trate sea *injustificada*.

Ya que no se ha regulado por el legislador el qué debemos entender como una justificación válida de estas ausencias la *justa causa* de las mismas podrá consistir en cualquier hecho o circunstancia que, atendida su naturaleza y entidad, haya hecho imposible al dependiente el concurrir a su trabajo normalmente, liberándose así de prestar servicios en caso de existir razones legítimas que le impidan asistir.²⁸

²⁸ Así, y a modo ejemplar, se ha fallado que: “La licencia médica tiene mérito probatorio para acreditar la enfermedad que impidió la concurrencia del trabajador a sus labores y que constituye la causa justificada de su ausencia, no obstante que dicha licencia no se hubiere presentado dentro del plazo de dos días hábiles que establece el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas, ya que esta formalidad guarda únicamente relación con la obtención de los beneficios previsionales y no con la justificación de la falta al trabajo”. (Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de 09.04.86 citado por la Comisión de Estudios Laborales. Op. cit. en nota N° 14, p. 761)

“La ausencia del trabajador durante dos días seguidos no reviste el carácter de injustificada, si consta que la conviviente del trabajador y madre de sus hijos debió ingresar de urgencia al hospital el primero de esos días”. (Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de 04.05.95 citado por Melis Valencia, Christian y Sáez Carlier, Felipe. Op. cit. en nota N° 13, p. 270)

“El hecho que el trabajador no concorra a prestar servicios, porque en su calidad de voluntario del Cuerpo de Bomberos, tiene que recurrir a la extinción de incendios, constituye causa justificada de inasistencia al trabajo”. (Corte Suprema, fallo de fecha 20.11.95, rol N° 33.158)

“Cabe tener presente que el arresto del alimentante procede como sanción por su renuencia a pagar alimentos dentro del plazo establecido, término del que el alimentante tiene pleno conocimiento, de lo que resulta entonces que tal arresto le es imputable y por tanto carecen de causa justificada las ausencias a sus labores, concluyéndose entonces que el despido es justificado y por tanto se rechazará la demanda en que solicita el pago de indemnización por término de contrato”. (Corte de Apelaciones de La Serena, fallo de 22.10.97, rol N° 1.237 confirmado por la E. Corte Suprema en fallo de fecha 24.12.97, rol N° 4.110)

En palabras de Thayer y Novoa “el decidirlo, (qué será una justa causa) en definitiva, será una cuestión de prudencia y buen sentido, vale decir, habrá justificación cuando el trabajador ha tenido un motivo atendible racionalmente hablando, para no concurrir a sus labores, teniendo presente que, de suyo, no existe la intención de romper el contrato y por la inversa el principio de la continuidad está señalando que se han de interpretar las interrupciones del contrato como simples suspensiones”.²⁹

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.

Para estos efectos debemos entender que habrá abandono del trabajo si el dependiente interrumpe de forma abrupta sus labores y sin que medie autorización pertinente, o mediando una autorización no válida o sólo aparente.

Y esta interrupción o abandono de labores deberá ser intempestiva e injustificada, teniendo estos requisitos carácter copulativo.³⁰

Ateniéndonos al significado del adjetivo intempestivo, el abandono del trabajo debe producir una interrupción en un proceso productivo o en una actividad determinada. Y por justa causa para abandonar el trabajo podremos entender cualquier hecho o circunstancia que, atendida su naturaleza y entidad, haya forzado al dependiente a dejar el sitio de la faena.³¹

²⁹ Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio. Op. cit en nota N° 4, p. 392.

³⁰ Así, se ha resuelto que: “No toda salida del trabajador del sitio de trabajo es causal de despido, para que ello ocurra debe ser copulativamente “intempestiva” e “injustificada”. Si se probó que la salida fue por causa justificada, no existe la causal de despido prevista en el N° 4 del art. 160, letra a) del Código del Trabajo”. (Corte Suprema, fallo de fecha 27.06.95, rol N° 6.440)

³¹ A vía ejemplar, se ha fallado que: “El trabajo en horas o días de jornada extraordinaria no es una obligación del trabajador; por el contrario, tal hecho debe emanar de un acuerdo de voluntades... Por tanto, la ausencia a trabajar extraordinariamente... no puede considerarse un abandono de trabajo que importe una causal de

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

Para que cobre aplicación esta hipótesis resulta indispensable que en el contrato de trabajo esté claramente estipulada la clase y naturaleza de las labores a realizar.

Esto guarda estricta relación con la exigencia establecida en el artículo 10 del Código del Trabajo en orden a que en la convención laboral esté determinada la naturaleza de los servicios que han de prestarse por el dependiente aun cuando se señalen dos o más funciones específicas, las que pueden ser alternativas o complementarias.³²

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 estos.

Esta causal, al igual que la contemplada en el número 6 de este artículo, fue reintroducida en nuestro ordenamiento jurídico por la ley 19.010 del año 1.990,³³ estableciendo como su campo de aplicación sólo hechos que ocurran o afecten a la empresa o a sus trabajadores, a diferencia de ciertas causales extremadamente amplias que contemplaba el Código de 1.987 que respondían, más que al buen desempeño de la empresa, a las circunstancias sociales y políticas que vivía el país en esa

caducidad del contrato, pues no se le podía imponer esa asistencia". (Corte Suprema, fallo de fecha 24.11.83 citado por Melis Valencia, Christian y Sáez Carlier, Felipe. Op. cit. en nota N° 13, p. 273)

"Incorre en esta causal el trabajador que al ser notificado por escrito de que su labor terminará en una fecha posterior, se retira del trabajo no volviendo más a él". (Corte del Trabajo de Santiago, fallo de fecha 17.02.78 citado por Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio. Op. cit. en nota N° 4, p. 394)

³² Así: "El trabajador, contratado en calidad de maestro panadero pastelero, que no acepta confeccionar pan de pascua, pretextando que se trata de una labor extraordinaria que debe remunerarse separadamente, incurre en la causal de caducidad de contrato de trabajo consistente en la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato, toda vez que dicha faena constituye una de las prestaciones a que estaba obligado por el contrato". (Corte Suprema, fallo de fecha 04.12.85 citado por la Comisión de Estudios Laborales. Op. cit. en nota N° 14, p. 770)

³³ Ciertamente, estas dos causales ya se contemplaban en los números 4 y 5 del artículo 2 de la ley 16.455.

época estableciendo verdaderas normas de seguridad públicas dentro del Código del Trabajo.

Se tendrá por concurrente esta causal con todas aquellas actuaciones imprudentes en que incurra el trabajador poniendo en peligro la seguridad y el correcto funcionamiento del establecimiento y/o la salud de los trabajadores.³⁴

Perfectamente podría relacionarse esta causal con las normas atingentes a la higiene y seguridad industrial establecidas en la ley, en los reglamentos correspondientes o en el propio reglamento interno de la empresa de que se trate. Sin embargo, creemos que se podría incurrir en ella sin afectar alguna de estas disposiciones bastando al efecto sólo la conducta u omisión del trabajador que afecte los bienes jurídicos o materiales resguardados por la causal en comento.

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

Se diferencia este numeral del anterior en que requiere la concurrencia de intencionalidad directa del trabajador, que el perjuicio sea deliberado, a sabiendas, con el propósito de causar daño a las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles, productos o mercaderías del giro normal y propio de la empresa, no bastando al efecto la mera imprudencia del dependiente, aunque esta sea temeraria.

³⁴ Se ha resuelto que: “Incorre en esta causal, el trabajador que indebida o erróneamente sobredimensiona o exagera los costos” (Corte Suprema, fallo de fecha 05.01.94 citado por la Comisión de Estudios Laborales. Op. cit en nota N° 14, p. 776)

“Atendida la gravedad de la causal contemplada en el N° 5 del artículo 160 del Código del Trabajo, el carácter temerario de la conducta del trabajador debe acreditarse de manera clara y precisa como fundamento para poner término a la relación laboral”. (Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 09.01.97, rol N° 2.481)

7. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

Esta es una causal de término de contrato bastante genérica ya que no describe una conducta determinada, como ocurre en las causales ya vistas.

Como sabemos, el contrato de trabajo impone obligaciones a ambas partes -empleador y dependiente- por lo que en la medida que se produzca un incumplimiento de estas obligaciones, que pueda ser calificado de grave, se podrá poner término a este contrato de forma justificada por parte del acreedor de las obligaciones incumplidas.

Vital importancia tiene para estos efectos lo dispuesto en el artículo 1.546 del Código Civil según el cual *los contratos deben ejecutarse de buena fe*, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Así, los atrasos en el horario de llegada del dependiente -que no configuran ninguna de las causales ya vistas- si son reiterados y de importancia perfectamente pueden configurar esta causal genérica ya que una de las obligaciones del dependiente es el cumplimiento del horario de llegada, aunque esta obligación no aparezca exigida expresamente en el contrato respectivo.³⁵

Sin embargo, advierten correctamente los autores Melis y Sáez que “Con todo, el simple atraso no bastará, deberá calificarse la gravedad del mismo, es decir, cualquier atraso no justifica la aplicación de la causal. Él debe adolecer de gravedad en consideración de las circunstancias

³⁵ Así: “Incurre en incumplimiento grave a sus obligaciones contractuales el trabajador que reiteradamente llega atrasado a sus labores, provocando con ellos trastornos en las faenas. Tolerancia de los atrasos anteriores es irrelevante respecto de la gravedad de la falta”. (Corte Suprema, fallo de fecha 30.10.97, rol N° 3.545)

“Sin duda que la demandante incurrió en incumplimiento grave de las obligaciones que le imponía el contrato, toda vez que con sus continuos atrasos indudablemente infringía las normas sobre horario o jornada de trabajo establecido en la cláusula quinta del mismo”. (Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 13.12.83)

existentes en la empresa. El atraso de un dependiente 40 minutos un día, evidentemente no puede por sí solo calificarse de un incumplimiento constitutivo de causal de término de contrato, pero si el que se atrasa es el trabajador encargado de abrir la fábrica en donde laboran 100 trabajadores, aunque sean 40 minutos y un día el atraso, parece ser que existiría gravedad en el hecho. Cabe advertir eso sí, que la jurisprudencia... establece la gravedad también por la reiteración de los atrasos”.³⁶

Como ya se dijo, para que se configure esta causal las infracciones al contrato de trabajo deben ser *graves*,³⁷ y el qué debemos entender por grave será una cuestión de hecho que deberá ser resuelta caso a caso según el prudente arbitrio judicial, sin que pueda darse una fórmula genérica al efecto.³⁸

Finalmente, con relación a esta causal podemos hacer presente que es destacable es la controversia suscitada en orden a admitir la validez de cláusulas de los contratos de trabajo que elevan a esenciales ciertas obligaciones de los dependientes, autorizando el despido por la causal en comento si se infringen las obligaciones establecidas en las referidas cláusulas.

³⁶ Melis Valencia, Christian y Sáez Carlier, Felipe. Op. cit. en nota N° 13, p. 276 y sgte.

³⁷ Al respecto se ha fallado que: “La causal... no puede estar constituida por un incumplimiento cualquiera de las obligaciones contractuales, sino que debe ser de tal naturaleza y entidad que produzca un quiebre de la relación laboral, impida la convivencia normal entre uno y otro contratante o formar parte de una conducta que induzca a la indisciplina o amenace en cierto modo la estabilidad de la empresa”. (Fallo del 1° Juzgado de Letras de Concepción de fecha 29.10.90, confirmado por la Corte Suprema el 16.08.91, citado por Id., p. 275 y sgte.)

³⁸ A vía ejemplar se ha resuelto que: “El trabajador cambió, por decisión unilateral, la naturaleza de las funciones que había contratado a la demandante, lo que constituye una causal de incumplimiento grave de sus obligaciones”. (Corte Suprema, fallo de fecha 12.12.91, rol N° 5.640)

“El incumplimiento del contrato de trabajo constituido por una conducta ocasional, no puede calificarse como grave, por lo que debe concluirse que es injustificado el despido de un grupo de aseadores que en un nuevo turno dormía en horario de trabajo. Lo importante es que la conducta no sea reiterada y que de esa conducta no se ocasione un perjuicio al empleador”. (Corte Suprema, fallo de fecha 09.04.91 citado por la Comisión de Estudios Laborales. Op. cit. en nota N° 14, p. 785)

“La circunstancia de permitir la incorporación de un pasajero, sin la emisión de boleto o comprobante del pago del transporte, genera para la empresa transportista una responsabilidad que le puede afectar gravemente, por lo cual debe concluirse que el demandante incurrió en una falta grave a las obligaciones que su contrato de trabajo le imponía al permitir el transporte gratuito de un menor”. (Corte de Santiago, fallo de fecha 31.03.93)

Un sector de la jurisprudencia las admite ya que, según opinan, las partes tienen plena libertad para convenir en ellas.³⁹

Sin embargo y conjuntamente con la jurisprudencia mayoritaria, estimamos que sin perjuicio de la existencia de estas cláusulas quienes en definitiva calificarán de grave o no el incumplimiento de las obligaciones contractuales en cada caso concreto serán los Tribunales de Justicia, siendo esta una facultad privativa de aquellos y no de las partes del contrato.⁴⁰

Creemos que admitir lo contrario podría conducir a evidentes e indeseables situaciones de abuso, ya que incumplimientos nimios se podrían calificar “convencionalmente” como graves con el sólo objeto de terminar la relación laboral por aplicación de esta causal, evadiéndose así el pago de indemnizaciones legales a favor del dependiente desvinculado.

Por su parte, la Dirección del Trabajo también se ha pronunciado en el sentido de estimar que *sólo* corresponde a los Tribunales de Justicia –y, por ende, no a las partes del contrato- el calificar qué hechos constituyen una causal de término de contrato determinada.⁴¹

³⁹ Así, se ha resuelto que: “Las partes de común acuerdo pueden establecer en el contrato que un hecho reviste incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”.

“La jurisprudencia ha sido clara en este sentido, cuando un hecho que normalmente no pudiese revestir la gravedad necesaria como para constituir la causal invocada, de incumplimiento grave a las obligaciones contractuales, pero que, sin embargo, las partes de común acuerdo le han dado tal carácter en virtud de contemplarse en esa forma en el contrato de trabajo por ellos suscrito, se hace plenamente aplicable la disposición legal que en autos se ha invocado para el despido del trabajador, de otra forma sería omitir la clara y manifiesta intención que tuvieron las partes al celebrar libre y espontáneamente el contrato”. (Corte Suprema, fallo de fecha 14.04.93, rol N° 7.966)

⁴⁰ Así: “Es contraria al artículo 5 del Código del Trabajo y contraviene el orden público laboral, siendo por tanto nula, la cláusula contractual que impone al trabajador nueva cierta meta mensual de ventas y, determina que su no obtención, configura incumplimiento grave de las obligaciones del contrato. La admisión de tal estipulación como válida implicaría autorizar a las partes para sustituir al órgano jurisdiccional, único competente para calificar la gravedad del incumplimiento de un deber contractual”. (Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 17.07.96, rol N° 1.134)

⁴¹ “La cláusula contractual transcrita describe algunas hipótesis en que puede incurrir un tercero –ajeno al contrato de trabajo- que dan origen a una situación en que el empleador podría poner término al contrato de trabajo por grave incumplimiento a las obligaciones del mismo. Sobre la materia la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Dirección se ha manifestado en el sentido que calificar si determinados hechos pueden constituir una causal de término del contrato de trabajo, es una labor que compete exclusivamente a los Tribunales de Justicia, en la oportunidad en que las partes demanden su intervención, no pudiendo, en consecuencia, esta entidad administrativa emitir un pronunciamiento sobre el particular”. (Ord. N° 3.724 de 01.07.96)

Artículo 161 del Código del Trabajo.

1. Necesidades de la empresa, establecimiento o servicio.

Dispone el inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo que:

“Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. La eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168”.

Como se dijo anteriormente, esta causal fue reintroducida en nuestro ordenamiento jurídico por la ley 19.010 del año 1.990. Ella ya existía en la ley 16.455 y con su reposición se intentó atenuar el libre despido consagrado para la generalidad de los trabajadores en el Código del Trabajo del año 1.987 con la causal *desahucio*.

Sin embargo, en caso de declararse la aplicación de esta causal como injustificada, indebida o improcedente originalmente sólo se contemplaba como sanción a esta incorrecta invocación un recargo porcentual de un 20 % de la indemnización legal o convencional por años de servicios a que hubiere lugar. Esto se tradujo, en los hechos, en que se usó esta norma como un verdadero y simple desahucio, ya que normalmente su aplicación no era fundada y no se reclamaba de aquello ante Tribunales dado lo insignificante de la suma se hubiese disputado en el litigio judicial correspondiente.

A fin de evitar lo expuesto y lograr que al invocar necesidades de la empresa estas *realmente existan*, la ley 19.759 aumentó el recargo porcentual a un 30 % de la indemnización por años de servicio que

corresponda si su aplicación es declarada injustificada, estableciendo así una mayor sanción al empleador que hace mal uso de su derecho a despedir.

La causal que nos ocupa puede configurarse por un sinnúmero de situaciones siendo el único requisito común a todas ellas el que sean *determinantes* en que la empresa *necesite* separar a uno o más trabajadores. Algunas de estas circunstancias son mencionadas, sólo a vía ejemplar, por el transcrito inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo, a saber: la racionalización o modernización de la empresa, bajas en la productividad y los cambios en las condiciones del mercado o de la economía.

Sin perjuicio de lo indicado, cualquier otra situación justificada podría llegar a configurar esta causal en la medida que, como se dijo, determine que la empresa efectivamente *necesite* separar uno o más trabajadores.

Cabe hacer presente que antes de la vigencia de la ley 19.759 se consideraba como una de las circunstancias constitutivas de *necesidades de la empresa* la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador. Sin embargo, con la vigencia de la referida ley, esta hipótesis se eliminó de la norma en estudio, de forma tal que ya no es constitutiva de dicha causal.

El que el empleador despida por *necesidades de la empresa* deja siempre libre que el dependiente interponga las acciones judiciales a fin de que su despido sea declarado injustificado, indebido o improcedente.⁴²

⁴² Así, se ha fallado que: “Es injustificado el despido basado en “necesidad de funcionamiento de la empresa por modernización”, si no se señala en qué consiste ésta ni se indican pormenorizadamente las medidas que ello importa, con lo cual los despedidos no han quedado suficientemente informados de los motivos exactos de la terminación de sus servicios”. (Corte de Apelaciones de Concepción, fallo de fecha 11.10.94, rol N° 354)

“Corresponde a la empleadora acreditar la existencia de la causal de necesidades de la empresa, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 19.010, lo que en el caso de autos no se verificó”. (Corte Suprema, fallo de fecha 05.04.94, rol N° 2.504)

“Correspondía a la parte demandada el acreditar los fundamentos de la causal por ella invocada para despedir a los trabajadores, esto es, de haber existido necesidad de la empresa, derivada de la racionalización aplicada como consecuencia de la baja de productividad en el fundo donde trabajaban los actores. No habiéndose probado la causal aducida por la parte del empleador, corresponde acoger la demanda de los

Como se dijo anteriormente, en caso de prosperar esta acción la indemnización por años de servicio que corresponda se aumentará en un treinta por ciento.

2. Desahucio del empleador.

El inciso segundo del artículo 161 establece:

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

Como se señaló anteriormente, el desahucio es un acto jurídico mediante el cual el empleador puede poner término discrecionalmente a la relación laboral -no necesitando expresar los motivos que lo mueven a separar al dependiente- en la oportunidad que lo estime conveniente.⁴³

Desde la dictación de la ley 19.010 esta causal sólo resulta aplicable a los trabajadores que la norma recién transcrita menciona, a saber:

actores. (Corte de Apelaciones de Rancagua, fallo de 04.11.92 citado por la Comisión de Estudios Laborales. Op. cit. en nota N° 14, p. 815)

⁴³ Salvo la excepción contemplada en el inciso tercero del art. 161 del Código del Trabajo, a saber, el periodo de tiempo que transcurre mientras el dependiente de que se trate goce de licencia médica por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional. Igual limitación temporal es aplicable a la causal necesidades de la empresa.

- i. Dependientes que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración.
- ii. Trabajadores de casa particular.
- iii. Trabajadores que ocupen cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.

La consecuencia natural de la discrecionalidad inherente a esta causal es que resulta jurídicamente imposible el que la aplicación de la misma pueda ser calificada como injustificada, indebida o improcedente. Lo anterior sin perjuicio de que se ataque judicialmente la base fáctica sobre la cual discurre la norma, esto es, el que se aplique a trabajadores que no cuentan con ninguna de las calidades establecidas en el inciso segundo del artículo 161 del Código del ramo.⁴⁴ Si ello ocurre y su aplicación es declarada como injustificada, indebida o improcedente, la indemnización por años de servicio correspondiente se aumentará en un 30 %.

⁴⁴ Así, se ha resuelto que: “El mismo actor, rechazando la pretensión de su empleadora de querer atribuirle la calidad de trabajador de casa particular, insiste en que su actividad era de un 30 % de jardinero y de un 70 % de labores agrícolas, por lo que se entenderá que el despido fue injustificado y sin causa legal y que el contrato terminó por desahucio”. (Corte de Apelaciones de Rancagua, fallo de fecha 20.11.92 citado por la Comisión de Estudios Laborales. Op. cit. en nota N° 14, p. 816)

“El empleado de confianza del empleador es aquel que, por su naturaleza, tiene facultad que importe comprometer el patrimonio de quién lo contrató, contratar y despedir trabajadores, representarle, contratar créditos y, en general, todos aquellos actos que hubiere efectuado el empleador en la administración de la empresa”. (Corte Suprema, fallo de fecha 28.12.94, rol N° 3.307)

1.2. Indemnizaciones cuyo pago procede una vez finalizado el contrato de trabajo. Naturaleza jurídica de las mismas.⁴⁵

1. Indemnización convencional por años de servicios.

El inciso primero del artículo 163 del Código del Trabajo establece que si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161,⁴⁶ deberá pagar al trabajador, al momento de la terminación, *la indemnización por años de servicios que las partes hayan convenido individual o colectivamente*, siempre que esta fuere de un monto superior a la indemnización mínima establecida en el inciso siguiente.

La norma recién referida es una clara manifestación de que en derecho del trabajo tiene cabida el principio de la *autonomía de la voluntad* que autoriza a los contratantes para convenir en lo que estimen pertinente en la medida que respeten los mínimos irrenunciables establecidos por la ley laboral, los cuales son de orden público.

De este modo, en contratos individuales y/o colectivos se podrán convenir indemnizaciones no sólo para los casos en que a la relación laboral se le ponga término por las causales que cita esta norma (las del artículo 161) y cuyo monto sea superior al mínimo legal, sino que también para el evento que esta convención termine por aplicación de cualquier otra causal que, en principio y de no mediar convención, no otorgue derecho a indemnización, como lo son las contempladas en los artículos 159 y 160 del Código del Trabajo.

⁴⁵ Dada la naturaleza y alcance de este trabajo, obviaremos tanto el régimen especial establecido en el inc. 4 del art. 163 para Trabajadores de Casa Particular (el cual contempla una indemnización a todo evento financiada por una cotización patronal ascendiente a un 4.11% de la remuneración) y la Indemnización Sustitutiva a todo evento establecida en los arts. 164 y 165. (En la cual las partes, a contar del séptimo año de la relación laboral, pueden sustituir la indemnización por años de servicio legal por una a todo evento, pagadera por la terminación del contrato de trabajo cualesquiera sea su causa y que se financia por una cotización patronal cuyo mínimo debe ascender al 4.11% de la remuneración)

⁴⁶ Ya sea invocando la causal necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o desahucio, en su caso.

Con relación a los montos que se pactan, si bien es cierto resulta habitual encontrar cláusulas que establecen el llamado “mes por año” para el caso que el contrato termine por alguna causal que no da derecho legal a indemnización, no es tan extraño encontrar casos en que se hayan pactado indemnizaciones superiores, como 40 ó 45 días de remuneración por año servido, según lo dispongan libremente los contratantes.

Por último, cabe hacer presente que normalmente los contratos que establecen este tipo de indemnizaciones son producto de un proceso de negociación colectiva, siendo altamente excepcional el que se pacten cláusulas de este tipo en un contrato individual.⁴⁷

Naturaleza jurídica de la indemnización convencional.

Evidentemente las indemnizaciones convencionales pueden quedar incluidas dentro del concepto de *remuneración*. Ciertamente, estas indemnizaciones convencionales establecidas en los contratos individuales o colectivos de trabajo forman parte de la estructura de las remuneraciones de la empresa en todo cuanto superen a los mínimos legales.

En efecto, este beneficio tiene una enorme incidencia en las provisiones que las empresas deben reflejar en sus balances y estados financieros, especialmente si se ha pactado a todo evento. En definitiva, este acuerdo forma parte del sistema de remuneraciones contratado entre empleador y dependientes sólo que su pago se hace exigible al término de los servicios.

En este sentido, este tipo de indemnización convencional no puede considerarse, propiamente tal, como una *indemnización* (vocablo que sugiere la reparación de un daño o perjuicio) sino que constituye un

⁴⁷ A vía ejemplar contiene este tipo de cláusulas el contrato colectivo suscrito en la Compañía de Teléfonos de Chile en el año 1.981, citado por Thayer Morel, Luis en “Las indemnizaciones por años de servicios”, artículo aparecido en la *Revista Laboral Chilena*, Noviembre de 2.000. p. 67 y sgtes.

ahorro sistemático que efectúa el trabajador mientras presta servicios a su empleador para cuando se retira de la empresa o se le despide de la misma.

2. Indemnización sustitutiva del aviso previo.

Como vimos al tratar la causal *desahucio del empleador*, el inciso segundo del artículo 161 del Código establece que la aplicación de esta causal deberá anunciarse con treinta días de anticipación, a lo menos, mediante aviso escrito remitido con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada.

Por su parte, indica el inciso cuarto del artículo 162 que cuando el empleador invoca la causal *necesidades de la empresa, establecimiento o servicio*, el aviso de terminación de contrato deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada.

De este modo, podemos entender por *preaviso* el anuncio que el empleador le otorga al trabajador sobre su voluntad de poner término a la relación laboral cuyo objetivo es protegerlo, avisándole prudentemente la inminencia de su cesantía.

Se ha estimado que si se otorga un preaviso sin la anticipación mínima exigida por la ley, no procede que se pague sólo proporcionalmente la última remuneración mensual devengada.⁴⁸

Por otra parte, y para efectos de determinar el monto de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo, conforme al artículo 172 del Código debemos entender por *última remuneración mensual* toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies valuadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones⁴⁹ o aguinaldos de Navidad.

En caso de que se trate de remuneraciones variables, la indemnización se calculará sobre la base del promedio percibido por el trabajador en los últimos tres meses calendario.⁵⁰

Con todo, para efectos de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo no se considerará una remuneración mensual superior

⁴⁸ Así, se ha fallado que: “El recurrente dio aviso para exonerar al trabajador sólo con 27 días de anticipación, por lo que infringió la norma del artículo 162 del Código del Trabajo que exige que el aviso que libera al empleador de la indemnización, sustitutiva, debe ser dado a lo menos con 30 días de antelación”. (Corte Suprema, fallo de fecha 20.03.97, rol N° 630)

En igual sentido se ha pronunciado la Dirección del Trabajo, estableciendo que: “No resulta jurídicamente procedente pagar una indemnización sustitutiva proporcional al plazo de preaviso, en el evento que este último no se dé con la anticipación prevista en el inciso 2° del artículo 3° e inciso 4° del artículo 4° de la ley 19.010”. (Ord. N° 156/7 de 10.01.94)

⁴⁹ Si la gratificación es pagada periódicamente y con carácter fijo, obviamente deja de ser un beneficio o asignación pagadera en forma esporádica, debiendo considerarse en la base de cálculo de la indemnización.

Así se ha pronunciado la Dirección del Trabajo, estableciendo que: “La empresa... S.A., debe incluir en la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicio y de la sustitutiva del aviso previo, que le asiste al señor... la gratificación que este último reiteradamente en el tiempo venía percibiendo mes a mes con características de fijeza y permanencia”. (Ord. N° 3.077/150 de 27.05.94)

⁵⁰ Tratándose de trabajadores con remuneración variable o mixta, para los efectos de calcular el pago de indemnizaciones se deben considerar meses completos y no aquellos en que el dependiente ha hecho uso de licencias médicas o permisos sin goce de remuneraciones.

En este sentido, la Dirección del Trabajo ha dicho que: “Por la expresión “tres últimos meses calendarios” debe entenderse los tres meses con denominación específica en que hubiere percibido remuneraciones completas y que anteceden al de la conclusión de la relación laboral, de suerte que si en alguno de ellos el dependiente no hubiere generado remuneración por haber hecho uso de permiso éste deberá excluirse y considerarse sólo aquellos tres meses en que se hizo efectivo el referido beneficio” (Ord. N° 75/8 de 05.01.99)

a 90 Unidades de Fomento del último día del mes anterior al pago, limitándose a dicho monto la base de cálculo.

Resulta interesante traer a colación la larga controversia –agotada al día de hoy- en torno a si las asignaciones de movilización y colación debían incluirse en la base de cálculo para determinar el monto de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo.

Originalmente la Dirección del Trabajo estimó -de forma reiterada- que las referidas asignaciones no debían incluirse en esta base de cálculo ya que no constituyen remuneración conforme lo establece el artículo 41 del Código del Trabajo.⁵¹

Esto a pesar que los Tribunales de Justicia uniformemente sentenciaron que el artículo 172 establecía un concepto especial y distinto de remuneración del de uso general establecido en el artículo 41 del Código⁵² siendo remuneración, para estos efectos, *toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios*, salvo las excepciones que la misma norma consagra entre las cuales no se encuentran estas asignaciones de movilización y colación.⁵³

Tan sólo en el año 1.998 el ente fiscalizador modificó su doctrina, reconociendo el carácter especial del artículo 172 por sobre el carácter general del citado artículo 41, razón por la cual aceptó la inclusión de

⁵¹ Así, se dijo que: “Las asignaciones de colación y movilización, contempladas en las cláusulas décima y décima primera del contrato colectivo celebrado entre la empresa Club Hípico de Santiago y el Sindicato de Trabajadores de la misma, no constituyen remuneración y, por ende, no procede incluirlas dentro del concepto de última remuneración mensual a que se refiere el artículo 172 del Código del Trabajo”. (Ord. N° 465/12 de 23.01.95)

⁵² Dispone esta norma: “Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie evaluadas en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo”.

“No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicio establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo”.

⁵³ La doctrina judicial reiterada y uniforme se contiene en el siguiente fallo: “Las asignaciones de colación y movilización, por haberse pagado mensualmente al trabajador, están incluidas dentro del concepto de remuneración que debe utilizarse para el cálculo de las indemnizaciones que por terminación de contrato contemplan los artículos referidos en dicha norma del artículo 172”. (Corte Suprema, fallo de fecha 17.09.96, rol N° 33.233)

estas asignaciones en la base de cálculo de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo.⁵⁴

Naturaleza jurídica de la indemnización sustitutiva del preaviso.

La duda en torno a su naturaleza jurídica radica en determinar si realmente tiene carácter de *indemnización*, es decir, si resarce algún daño sufrido por el dependiente víctima de un despido intempestivo.

Quienes le otorgan a esta indemnización sustitutiva del preaviso carácter reparatorio encuentran distintos fundamentos.

Así, algunos sostienen su posición en que esta indemnización sustitutiva del preaviso repararía un daño futuro que se le ocasionará al dependiente con esta inesperada separación de sus labores. De este modo, consideran la indemnización que nos ocupa como la reparación de un lucro cesante por venir.⁵⁵

Otros concluyen que esta indemnización tiene carácter reparatorio justificando su postura en que el otorgamiento del preaviso es una obligación de hacer de origen legal, cuyo incumplimiento se resuelve por el necesario resarcimiento de los perjuicios originados al dependiente dada esta brusca desvinculación.⁵⁶ Así, la indemnización del preaviso sería una *indemnización en sentido estricto* ya que es un resarcimiento del lucro cesante previsto y previsible en el momento de la rescisión del contrato de trabajo, por el período ulterior durante el cual el contrato hubiera seguido en vigor, de haber seguido el preaviso su curso regular.

⁵⁴ Así, indicó que: “Para los efectos de calcular la indemnización legal por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, procede incluir las asignaciones de movilización y colación percibidas en forma mensual”. (Ord. N° 4.466/308 de 21.09.98)

⁵⁵ En este sentido, Bogliano, Palmiro. *La estabilidad en el contrato de trabajo*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 1.957 citado por Palavecino Cáceres, Adriana y Salgado Pérez, Gabriela. “La indemnización del daño moral por despido injustificado”, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile, Santiago, junio de 1.999. p. 60 y sgte.

⁵⁶ Así, Russomano, Víctor. *El preaviso en el derecho del trabajo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1.965 citado por Palavecino Cáceres, Adriana y Salgado Pérez, Gabriela. Id. p. 61.

Nosotros, junto al autor Palavecino,⁵⁷ estimamos que el pago de esta indemnización no tiene realmente carácter resarcitorio alguno sino que sólo es la elección frente a una obligación alternativa que plantea la ley. Ciertamente, previene el artículo 1.499 del Código de Bello que obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras, tocando esta elección al deudor salvo pacto en contrario.

Y como ha quedado claro, la ley laboral otorga al empleador la lícita facultad de optar entre otorgar este preaviso o pagar la suma de dinero equivalente a la última remuneración mensual devengada.

Ciertamente, de la redacción de la norma pertinente del Código del Trabajo⁵⁸ se desprende que no existe una obligación de hacer quebrantada que se resuelva en la reparación de perjuicios, sino que el empleador sólo elige u opta entre dos alternativas igualmente lícitas que no pueden generar responsabilidad contractual ya que, se opte por la alternativa que se opte, se estará cumpliendo con lo debido.

3. Indemnización legal por años de servicios.

Recordemos que el inciso primero del artículo 163 del Código del Trabajo establece la llamada indemnización convencional por años de servicios, indicando que si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término invocando necesidades de la empresa o desahucio, deberá pagar al trabajador, al momento de la terminación, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido

⁵⁷ Palavecino Cáceres, Claudio. “El daño moral por despido”, artículo aparecido en la *Revista Laboral Chilena*, Septiembre- Octubre de 2.000. p. 68 y sgtes.

⁵⁸ Luego de obligar al preaviso, dispone el inciso segundo del artículo 161 del Código del Trabajo en su parte pertinente que: “Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pagare al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada”. En similares términos está redactado el inciso cuarto del artículo 163 al establecer el preaviso para la causal necesidades de la empresa.

individual o colectivamente, siempre que esta fuere de un monto superior a la indemnización mínima establecida en el inciso siguiente.

Y el inciso segundo establece la *indemnización legal por años de servicios*, indicando que a falta de esta estipulación convencional, entendiéndose además por tal la que no supere el mínimo legal, el empleador deberá pagar al trabajador una *indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses,⁵⁹ prestados continuamente a dicho empleador*. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración.⁶⁰

Como hemos reiterado a lo largo de este trabajo, a falta de acuerdo en contrario nuestro ordenamiento jurídico sólo contempla el pago de esta indemnización por años de servicios para el caso que la causal invocada por el empleador sea la de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o el desahucio, en su caso.⁶¹

Lo anterior salvo que el despido de que se trate sea declarado por un tribunal competente como injustificado, indebido o improcedente, en cuyo caso habrá lugar al pago de indemnizaciones por término de contrato, con ciertos recargos que ya revisaremos.

Con respecto a la determinación de la base de cálculo y al tope de la misma, y debido a que son aplicables las mismas normas, nos remitimos a lo expresado al tratar la indemnización sustitutiva del preaviso.

⁵⁹ Dado el tenor del inciso primero, dicha fracción se cuenta transcurrido que sea el primer año de prestación de servicios. Así, un dependiente que ha prestado servicios sólo por once meses no tiene derecho a indemnización por años de servicios, en cambio, un trabajador que ha prestado servicios por un año, seis meses y un día tiene derecho a 60 días de remuneración a título de indemnización, ya que se consideran como dos años de trabajo.

⁶⁰ Conforme lo dispuesto en el artículo 7 transitorio del Código, los trabajadores con contrato vigente al 1º de diciembre de 1.990 y que hubieren sido contratados con anterioridad al 14 de agosto de 1981 no están afectos a este límite máximo.

⁶¹ En este sentido, la Dirección del Trabajo ha establecido que: “Las únicas causales de término de contrato de trabajo que dan derecho a indemnización legal por años de servicios son las previstas en el artículo 3º de la ley 19.010 (actual art. 161 del Código), esto es, necesidades de la empresa o desahucio, según corresponda, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10 del mismo cuerpo legal (actual art. 168)”. (Ord. Nº 5.943/271 de 15.10.92, lo consignado entre paréntesis es por nuestra parte)

Naturaleza jurídica de la indemnización por años de servicios.

En derecho comparado se dan distintos sistemas de indemnización para el evento del término de la relación laboral. Así, y a grandes rasgos, podemos distinguir entre aquellos sistemas que establecen montos fijos y aquellos que establecen montos variables.

Los primeros consisten en el pago de una suma determinada, la que puede ser absolutamente fija o puede variar en atención a determinados parámetros, como la antigüedad.

Por su parte, los sistemas con indemnización variable son aquellos en los cuales la disolución unilateral del contrato da lugar a una acción de daños y perjuicios tendiente a lograr su reparación, cuyo quantum quedará entregado a la decisión judicial.

El ordenamiento jurídico chileno, siguiendo la tendencia que se impone en derecho comparado, optó por un sistema de monto fijo, variable con relación a la antigüedad del dependiente en la empresa y a las remuneraciones que este obtenía en la misma.

Una gran cantidad de teorías se han elaborado con la finalidad de explicar la naturaleza jurídica de la indemnización por años de servicios.

Sólo a vía ejemplar, y siguiendo parcialmente a Ruprecht,⁶² podemos mencionar algunas de ellas y las críticas que se formulan en su contra:

a.- Salario diferido: según esta teoría la remuneración no le sería abonada en su totalidad al trabajador en cada período mensual, ya que cierta parte de esta quedaría para ser entregada una vez terminado el contrato de trabajo.

⁶² Ruprecht, Alfredo. *Indemnización por despido* en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XV, p. 473 citado por Gamonal Contreras, Sergio. *El daño moral por término del contrato de trabajo*. 1ª edición de 2.000. Editrem S.A., Santiago, (año 2.000), p. 48 y sgtes.

Se le critica señalando que si la indemnización por años de servicio fuera un salario diferido *siempre* debería proceder su pago al término del contrato de trabajo, lo cual no es así.

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

En contraposición a esta teoría, 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, como acontece en la chilena en la cual sólo se exige un año de antigüedad en la empresa.

c.- Mayor valor de la empresa: Al trabajador se le debe una parte del incremento del valor de la empresa. Así, su remuneración mensual correspondería a lo que la empresa gana cada mes y la indemnización por años de servicios a lo que se valoriza durante toda su estada en ella.

Se le critica ya que cuando la empresa tiene pérdidas igual el trabajador tiene derecho a indemnización, incluso para el caso de producirse la quiebra. Además, el monto de la indemnización no es proporcional al aumento de valor de la empresa.

d.- Daño a la antigüedad: cuando el trabajador deja su empleo pierde todos los beneficios que los años de servicio le depararon, razón por la cual merece una compensación.

Sin embargo, de ser efectiva esta teoría debiera también cancelarse la indemnización en caso de renuncia del trabajador, lo cual no ocurre.

e.- Sanción impuesta al empleador: la disolución arbitraria del contrato de trabajo es un acto ilícito prohibido por la ley, estableciéndose la indemnización como una pena para el empleador que despide arbitrariamente.

Numerosas críticas recibe esta teoría. En primer término, ya que no procede hablar de pena o sanción si no concurre dolo ni culpa del empleador, no existiendo delito ni cuasidelito.

Por otra parte, con esta teoría se podría explicar y sustentar el pago de una indemnización por despido injustificado pero no una indemnización proveniente de un despido lícito, como acaece con la desvinculación por necesidades de la empresa o desahucio, en caso de aplicarse estas causales con apego a derecho.

f.- Previsión y asistencia social: la indemnización por años de servicios sería una forma de previsión y asistencia social, siendo una suerte de seguro contra la desocupación.

Sin embargo, de ser así debería proceder el pago de esta indemnización siempre, no importando la causal de término de contrato de trabajo que se aplique, lo cual no ocurre.

g.- Naturaleza jurídica compleja: En doctrina nacional el profesor Gamonal participa de esta teoría.⁶³

Ciertamente, opina que esta indemnización 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 a que la tarifa legal se calcula proporcionalmente a los años de servicio.

Por otra parte, opina este autor que esta indemnización también responde a la idea de *previsión y asistencia social* como una especie de seguro de cesantía. Confirmaría lo anterior lo señalado en el Mensaje del Proyecto de lo que, en definitiva, se transformó en la ley 19.010 el cual indica que la indemnización por años de servicio constituye, en nuestra

⁶³ Gamonal Contreras, Sergio. Id., p. 54 y sgte.

actual situación económica y social, la principal fuente de subsistencia durante el período de cesantía.

Igualmente asevera que la existencia de esta indemnización asociada sólo a las causales *necesidades de la empresa y desahucio* diferencia nuestro sistema de uno de *libre despido* configurando, en sus palabras, una estabilidad relativa impropia ya que 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 que la amplitud de la causal *necesidades de la empresa* permita bastante flexibilidad en materia de despido.

Creemos que para descartar esta la postura que sostiene la naturaleza jurídica compleja de la indemnización que nos ocupa bastan las críticas que se indicaron oportunamente con relación a las teorías que la explicaban como *premio a la fidelidad* y como *previsión o asistencia social*. Ciertamente, no parece posible considerar correcta una teoría que en parte tan sustancial aparece como evidentemente errada.

Y con respecto a esta teoría en cuanto considera la indemnización que nos ocupa mirando a su finalidad, esto es, el promover la estabilidad en el empleo, nos haremos cargo al momento de dar nuestra opinión sobre la materia.

g.- Resarcimiento del daño efectivamente causado: para efectos de este trabajo es de gran interés el descartar la naturaleza indemnizatoria, en sentido estricto, de estas sumas de dinero pagaderas por los años de servicio del dependiente.

Ciertamente, este carácter indemnizatorio nos conduce a pensar que la causa que motiva su pago es un daño culpable que sufre una persona por obra de otra, ya que la obligación de indemnizar tiene su origen en la

responsabilidad del que comete el hecho dañoso y su objeto es resarcir los perjuicios que este causó. Así, mediante la indemnización por años de servicios se repararían los perjuicios –materiales y morales- ocasionados al dependiente por su desvinculación.

En esta línea de argumentación, en doctrina nacional encontramos a don Manuel Vivanco Cisternas quien estima que “si el empleador pone término al contrato se hace responsable de los daños y perjuicios por la ruptura brusca y abusiva del contrato”.⁶⁴

En un sentido similar opinan los profesores Cecily Halpern y Héctor Húmeres Noguier quienes sostienen, refiriéndose a las indemnizaciones legales, que “en el fondo, el carácter indemnizatorio del resarcimiento del daño está también presente en nuestra ley. Lo anterior en razón de que el término del contrato de trabajo constituye en muchos casos un grave perjuicio para el trabajador, al no poder preverlo ni defenderse del mismo cuando él no ha participado con su voluntad en hechos que motiven su fin”.⁶⁵

Sin embargo, para que esta teoría sea exacta, *siempre* la cuantía de la indemnización debería coincidir con el monto real de los daños y perjuicios ocasionados por el despido, lo cual acaece en las legislaciones que consagran un sistema con indemnización variable contemplando una acción de daños y perjuicios en la que el *quantum* de la indemnización quedará entregado a la decisión judicial.

Pero en sistemas como el chileno, en el que existe una indemnización tarifada con relación a los años de servicio y a la

⁶⁴ Vivanco Cisternas, Manuel, *El despido laboral*, 1ª edición de 1.994. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (año 1.994), p. 25.

⁶⁵ Halpern Montecino, Cecily y Humeres Noguier, Héctor. “Desnaturalización de la indemnización por años de servicios”, artículo aparecido en la *Revista Laboral Chilena*, Diciembre de 2.000. p. 77 y sgtes.

remuneración del dependiente, esta teoría es inaplicable ya que el monto de la indemnización no considera los perjuicios efectivamente causados.

En efecto, por definición, toda indemnización supone un daño que resarcir siendo su objetivo el crear con la atribución pecuniaria una situación económicamente equivalente a la comprometida con la producción del daño. Así, el *daño* es tanto la causa de la indemnización como su medida.

Pero en nuestra legislación el importe de la indemnización por años de servicios ni siquiera presuntivamente tiene en cuenta la magnitud del daño sufrido por el empleado despedido, puesto que su monto se relaciona con una situación pasada -la antigüedad en la empresa- y no con una actual o futura.

Y de modo alguno la antigüedad en el empleo permite presumir el daño emergente o el lucro cesante, ya que este último mira al futuro en razón de la duración de la cesantía.

Menos aun esta antigüedad puede presumir un eventual daño moral que se hubiese ocasionado al trabajador, ya que el daño moral no fluctúa en razón de los años que el dependiente tenga en la empresa sino que en razón de mayores o menores lesiones que sufran bienes jurídicos no patrimoniales -como la honra o la integridad psíquica- que hubieren sido afectados por situaciones concomitantes al despido, v. g., la invocación de una causal grave de modo malicioso, la imputación de un ilícito, actos de discriminación, eventuales agresiones que sufra el trabajador al producirse su despido, etc.

Por otra parte, consideremos que si el dependiente encuentra un mejor trabajo al día siguiente de su desvinculación no existirá daño que resarcir -al menos material- pero igualmente procede el pago de esta indemnización por años de servicios. Dicho de otro modo, *no es*

imprescindible que exista una lesión de un interés del trabajador para que este tenga derecho a la prestación pecuniaria.

De esta forma, y con las argumentaciones expuestas, creemos haber descartado satisfactoriamente el carácter indemnizatorio de la mal llamada *indemnización por años de servicio*.

Sin embargo, y ya descartada su naturaleza indemnizatoria en sentido estricto, *¿a qué responde esta indemnización?*

Recordemos que cuando tratamos el régimen jurídico aplicable a la terminación del contrato de trabajo vimos que nuestro sistema puede ser calificado como de *libre despido atenuado* y, precisamente, atenúa al libre despido tanto la obligación alternativa de preaviso como la indemnización por años de servicios.

Ciertamente, de la revisión de la historia legislativa efectuada en la primera parte de este trabajo podemos concluir que la indemnización por años de servicio surge como una manera de privilegiar a los empleados por sobre los obreros, limitando la libertad de que disponía el empleador para terminar sus contratos a través de exigir el pago de una indemnización si se quería desvincular de la empresa a esta clase de trabajadores.

Con posterioridad, la historia de esta indemnización varía en la medida que el legislador opta por privilegiar la estabilidad en el empleo o el desarrollo económico, con mayor o menor intensidad atendida la realidad social en que se desarrolla su evolución. Al efecto, recordemos que con la dictación de la ley 18.018 inclusive se llegó a eliminar de nuestro ordenamiento jurídico la indemnización que nos ocupa, ya que en ese momento aquello se estimó necesario para reactivar la economía.

De este modo, más que buscar la reparación de algún daño esta indemnización trata de cumplir una finalidad de *política económica con*

contenido laboral.⁶⁶ Ciertamente, en razón de que la ley 19.010 no eliminó el despido por mera voluntad del empleador trató, al menos, de encarecerlo y así desincentivarlo mediante el establecimiento de una carga pecuniaria adicional.

Conforme lo expuesto, la llamada indemnización por años de servicio es “una obligación pecuniaria que impone la ley al empleador en favor del trabajador, cuyo monto determina aquella, o el contrato individual o colectivo si fuere mayor, sujeta a la condición suspensiva de que el empleador ponga término al contrato por su mera voluntad o por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, y que tiene por supuesto que el contrato hubiere estado vigente un año o más”.⁶⁷

1.3. Reclamo por despido injustificado, indebido o improcedente.

Indemnizaciones a que da origen en caso de declararse como tal y naturaleza jurídica de las mismas.

Dispone el artículo 168 del Código del Trabajo⁶⁸ que:

“El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que este así lo declare. En este caso, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162⁶⁹ y la de los

⁶⁶ En este sentido Sapag Pérez, Sergio. “La indemnización por años de servicio: aspectos laborales, tributarios y previsionales” Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1.994. p. 53 citado por Palavecino Cáceres, Adriana y Salgado Pérez, Gabriela. Op. cit. en nota N° 55. p. 97.

⁶⁷ Palavecino Cáceres, Adriana y Salgado Pérez, Gabriela. Op. cit. en nota N° 55. p. 101 y sgte.

⁶⁸ Modificado por la ley 19.759 de 5 de octubre de 2001.

⁶⁹ Indemnización sustitutiva del preaviso.

incisos primero o segundo del artículo 163,⁷⁰ según correspondiera, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas”:

- a) “En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161”.
- b) “En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del artículo 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 artículo 160”.

“Si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiera, se incrementará en un cien por ciento”.

“Si el juez estableciera que la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, de conformidad con lo dispuesto en este artículo, se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161, en la fecha en que se invocó la causal, y habrá derecho a los incrementos legales que corresponda en conformidad a lo dispuesto en los incisos anteriores”.

“El plazo contemplado en el inciso primero se suspenderá cuando, dentro de este, el trabajador interponga un reclamo por cualquiera de las causales indicadas, ante la Inspección del Trabajo respectiva. Dicho 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”.

⁷⁰ Indemnización por años de servicios convencional o legal, respectivamente.

La transcrita disposición habilita al trabajador que estime que ha sido objeto de un despido infundado, injustificado, indebido o improcedente para recurrir al Tribunal –demandando a su empleador- a fin de que este así lo declare, ordenando pagar las indemnizaciones por término de contrato con los incrementos que la misma norma establece.

Con relación al plazo de reclamación, la ley 19.447 de 8 de febrero de 1.997 dispuso que el plazo de 60 días hábiles se suspende por la interposición de un reclamo administrativo, poniéndose como tope máximo el plazo de 90 días hábiles. Como se dijo, este plazo *sólo se suspende*, no implicando la dictación de esta ley que se aumente automáticamente de 60 a 90 días hábiles, por lo que una vez finalizada la instancia administrativa el plazo de 60 días útiles seguirá corriendo, ya sea por completo o únicamente en su saldo.

Naturaleza jurídica de las indemnizaciones legales pagaderas por despido injustificado.

Creemos de suyo relevante el distinguir al efecto entre la indemnización pagadera por falta de preaviso y la pagadera por años de servicios, con sus respectivos aumentos porcentuales.

Indemnización pagadera por falta de preaviso.

Como revisamos en su oportunidad, la indemnización sustitutiva del aviso previo es la elección frente a una obligación alternativa de origen legal.

Pues bien, en caso de pagarse esta indemnización si un despido es declarado injustificado la naturaleza de la misma no se altera de modo alguno.

Ciertamente, el inciso tercero del artículo 168 del Código prescribe que si el juez estima que la aplicación de una o más de las causales de terminación de contrato establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, *se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 161*. Sin embargo, el empleador en realidad invocó malamente una de las causales que lo eximen de preavisar o no invocó ninguna.

En efecto, si el empleador aplica una de las causales de terminación establecidas en los artículos 159 y 160 del Código del Trabajo no existe la opción de otorgar un preaviso, ya que estas causales no lo contemplan.

Así, ante un reclamo judicial interpuesto por el trabajador y en la medida que no se prueben en juicio los hechos que configuran la aplicación de la causal invocada, se entenderá que el contrato terminó por la concurrencia de alguna de las causales del artículo 161 pero con la salvedad que sólo resta al empleador una opción frente a la obligación legal alternativa referida, ya que se tornó imposible el otorgamiento del preaviso.

Y recordemos que, según las reglas generales, cuando se torna imposible la ejecución de una de las obligaciones alternativas a la que resta queda obligado el deudor.⁷¹

Naturaleza jurídica de la indemnización por años por años de servicios pagadera por despido injustificado y sus respectivos aumentos porcentuales.

Ya sabemos que el inciso tercero del artículo 168 del Código establece una ficción legal en orden a que, de no acreditarse en juicio la

⁷¹ El artículo 1.503 del Código Civil dispone que: “Si una de las cosas alternativas prometidas no podría ser objeto de la obligación o llega a destruirse, subsiste la obligación alternativa de las otras; y si una sola resta, el deudor es obligado a ella”.

justificación de una o más causales del artículo 159 ó 160, se entenderá que el contrato de trabajo terminó por aplicación de alguna de las causales señaladas en el artículo 161.

Natural consecuencia de lo anterior resulta el que con relación a la indemnización por años de servicios, su naturaleza ya estudiada en orden a que esta responde a una finalidad de política económica con contenido laboral subsiste plenamente.

En efecto, la obligación de pago de esta indemnización no pierde su original carácter por el hecho que malamente se haya invocado por el empleador una causal de término de contrato de aquellas contempladas en los artículos 159 ó 160 de modo injustificado, indebido o improcedente.

Sin embargo, distinto es el caso de los *aumentos porcentuales que sufre la referida indemnización* conforme lo dispuesto en el inciso primero del artículo 168 del Código del Trabajo y que pueden llegar hasta un ciento por ciento.

Creemos que el *carácter sancionatorio o punitivo* de estos recargos es evidente y la diferencia porcentual entre un recargo y otro se justifica sólo por la distinta gravedad de las causales que se hayan invocado.

Sin embargo, el considerar que tienen un carácter sancionatorio no necesariamente priva a estos aumentos porcentuales de carácter indemnizatorio en sentido estricto, el cual debe ser descartado para efectos de nuestro trabajo.

Ciertamente, las finalidades reparatorias y sancionatorias perfectamente pueden coexistir ya que el resarcimiento, en sí mismo, constituye una sanción o gravamen desde el punto de vista del responsable de la lesión injusta de un derecho.

Y son distintos los fundamentos que se invocan para descartar este carácter indemnizatorio. Así, don Walter Añez Rea⁷² señala que la generalidad de estos recargos deben entenderse como una manifestación de lo que sería el *abuso en el derecho de despedir*, y el aumento de hasta un cien por ciento que procede si se invocan las causales de los números 1, 5 y 6 del artículo 160 del Código⁷³ y el despido, además de injustificado, es declarado *carente de motivo plausible*, debe entenderse como una *sanción* aplicada al empleador por la falsa imputación de cualquiera de estas tres faltas graves.

Sin embargo, en ninguno de estos casos observa Añez Rea que la intención central del legislador haya sido satisfacer el daño moral producido al trabajador. Y fundamenta esta afirmación en el texto del Mensaje enviado por el Presidente al Congreso remitiendo la ley 19.010 en el cual se indica, en líneas generales, que el establecimiento del recargo se debe a una adecuada sanción y en prevención de la abusiva aplicación que el empleador hiciere de estas causales.

Por otra parte indica este autor que: “cabe señalar que las indemnizaciones tarifadas porcentualmente, a las que se remite el artículo 168, basan la determinación de su cuantía en elementos como el salario y la antigüedad del trabajador, que no son suficientes para realizar la valoración abstractamente objetiva del daño moral por despido abusivo”.⁷⁴

Por nuestra parte, creemos más certera la explicación dada por doña Adriana Palavecino y por doña Gabriela Salgado para descartar este carácter reparatorio. Ellas descartan el carácter resarcitorio de los aumentos a que se refiere el artículo 168 ya que “al ser meros porcentajes

⁷² Añez Rea, Walter. “Procedencia de la indemnización del daño moral por despido abusivo en el Derecho Chileno”. Memoria de Prueba para optar al título de Magister en Derecho Privado de la Universidad de Chile, Santiago, enero de 1.998. p. 35 y sgtes.

⁷³ Lo expuesto actualizado conforme la reforma introducida por la ley 19.759 de octubre de 2.001.

⁷⁴ Añez Rea, Walter. Op. cit. en nota N° 72. p. 37.

de la suma a que ascienda la indemnización por años de servicio y, por tanto, accesorios a la misma, les son aplicables las objeciones ya formuladas contra la naturaleza resarcitoria de dicha indemnización. La objeción principal, en nuestra opinión, radica en la discriminación arbitraria que entraña privar de reparación al trabajador con menos de un año de servicio”.⁷⁵

1.4. Despido indirecto. Indemnizaciones a que da origen en caso de declararse como tal y naturaleza jurídica de las mismas.

Dispone el artículo 171 del Código del Trabajo:

“Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 ó 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al Juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que este ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162,⁷⁶ y en los incisos primero o segundo del artículo 163,⁷⁷ según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7; en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por ciento”.

“El trabajador deberá dar los avisos a que se refiere el artículo 162 en la forma y oportunidad allí señalados”.

“Si el tribunal rechazare el reclamo del trabajador, se entenderá que el contrato ha terminado por renuncia de éste”.

La norma transcrita consagra en nuestro ordenamiento jurídico el llamado *despido indirecto*, el cual es definido por Thayer y Novoa como “el

⁷⁵ Palavecino Cáceres, Adriana y Salgado Pérez, Gabriela. Op. cit. en nota N° 55. p. 105 y sgte.

⁷⁶ Indemnización sustitutiva del preaviso.

⁷⁷ Indemnización por años de servicios convencional o legal, respectivamente.

término del contrato de trabajo decidido por el trabajador y de acuerdo al procedimiento que la ley le franquea, motivado porque el empleador incurrió en causal de caducidad de contrato que le sea imputable, lo cual da derecho al trabajador al pago de la correspondiente indemnización por años de servicio”.⁷⁸

En cuanto a condicionar el éxito de la acción de despido indirecto al cumplimiento de las formalidades establecidas por el legislador – entiéndase por esto la remisión de avisos dentro de plazo- la jurisprudencia está dividida.

Un sector de ella estima que la omisión de los avisos a que se refiere la ley impide que prospere esta acción, ya que la norma transcrita los exige perentoriamente.⁷⁹

Por nuestra parte, creemos que la omisión de las formalidades antedichas resulta irrelevante para estos efectos y sólo sancionable con multa administrativa. Y ello porque si la situación es al revés, vale decir, si es el empleador quien pone término al contrato, dicha omisión no acarrea la nulidad del despido.⁸⁰

Así, resulta contrario a los principios inspiradores de esta rama del derecho el elevar a la categoría de solemnidad el otorgamiento de avisos sólo cuando se trate de la parte trabajadora, a la cual se debe favorecer y no perjudicar en caso de duda, como acaecería de acogerse la postura contraria.

Finalmente, y refiriéndonos al plano casuístico, podemos hacer presente que normalmente las acciones judiciales presentadas para que

⁷⁸ Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio. Op. cit. en nota N° 4, p. 439.

⁷⁹ Así, se ha resuelto que: “Si el trabajador al poner término al contrato de trabajo por la causal imputable al empleador omite los avisos previstos en la ley, no tiene derecho a indemnización por años de servicio”. (Corte Suprema, fallo de fecha 20.04.92, rol N° 5.694)

⁸⁰ En este sentido, se ha fallado que: “Es irrelevante para efectos del despido indirecto, por incumplimiento grave de las obligaciones del empleador, que la actora haya omitido dar los avisos a que se refiere el artículo 162 del Código del Trabajo, pues esta misma disposición señala que esta omisión no invalida la terminación del contrato”. (Corte Suprema, fallo de fecha 26.04.95, rol N° 4.095)

un despido se declare como indirecto se fundan en el incumplimiento grave de las obligaciones que el contrato de trabajo le impone al empleador, siendo la más común el incumplimiento de la obligación de remunerar en tiempo y forma.⁸¹

Naturaleza jurídica de las indemnizaciones originadas por despido indirecto.

Como revisamos con anterioridad, en caso de declararse judicialmente un despido como indirecto el trabajador tiene derecho a que se le pague la indemnización sustitutiva del aviso previo y la indemnización por años de servicio, esta última con los aumentos porcentuales que correspondan.

A fin de evitar reiteraciones para cada una de estas indemnizaciones y aumentos porcentuales reiteramos y damos por expresamente reproducidas las indicaciones y argumentaciones vertidas previamente, con las cuales creemos haber determinado su naturaleza jurídica, descartando plenamente su carácter resarcitorio.

⁸¹ Sólo a vía ejemplar, se ha resuelto que: “El empleador que no paga las remuneraciones incurre en incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, pues falta a uno de sus elementos esenciales”. (Corte Suprema, fallo de fecha 05.12.91, rol N° 3.524)

2. Capítulo segundo.

Daño moral y Derecho del Trabajo

En el presente capítulo analizaremos las bases inmediatas y directas en las cuales descansa la procedencia de indemnizar el daño moral ocasionado por un despido abusivo. Así, y a fin de lograr una acertada inteligencia del tema principal de esta memoria de prueba, traeremos a colación nociones elementales sobre distintos temas de relevancia que están indirectamente relacionados con las hipótesis centrales de este trabajo.

Lamentablemente, y debido a la naturaleza acotada inherente a una memoria de prueba, no podremos abocarnos con detención a examinar extensas discusiones existentes sobre temáticas de las cuales mucho se ha dicho y debatido por diversos autores.

En esta línea veremos las principales y clásicas diferencias anotadas por la generalidad de la doctrina que existen entre los regímenes de responsabilidad contractual y aquiliano. Así, posteriormente nos encontraremos en condiciones de determinar en cual de estas sedes corresponde buscar la reparación del daño moral ocasionado por despido abusivo.

Más adelante revisaremos elementales nociones sobre daño moral. Conforme a esto señalaremos un concepto del mismo, los requisitos que debe reunir para ser resarcido y las distintas teorías existentes para conceptualizarlo.

En cuanto al Derecho del Trabajo, abordaremos en este capítulo el tema del contenido ético jurídico de la convención laboral, materia muy relacionada con la anterior y de vital importancia para lograr desarrollar

una teoría sobre la reparación de perjuicios ocasionados por un despido abusivo.

Responsabilidad contractual y extracontractual.

A fin de mejor sistematizar la materia que nos ocupa, y previo a tratar el daño moral propiamente tal, creemos que es necesario referirnos a la diferencia existente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Insistimos en que debido a lo extenso de este tema obviaremos la enorme discusión doctrinal existente al respecto, ya que sólo pretendemos dar las bases estrictamente indispensables para comprender el tema.

Históricamente se ha dividido a la responsabilidad civil en *contractual y extracontractual o aquiliana*.⁸²

La primera se traduce en la obligación del deudor de indemnizar al acreedor los perjuicios que le ha originado el incumplimiento, cumplimiento imperfecto o cumplimiento tardío de una obligación de origen contractual. Ciertamente, resulta del todo justo que si todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes quien lo viole debe sufrir las consecuencias de su acción y reparar los daños que esta origine.

Por otra parte, la responsabilidad aquiliana consiste en la obligación en que se encuentra el autor de un hecho ilícito –delito o cuasidelito civil– en orden a indemnizar los perjuicios que este ha ocasionado a la víctima, ya sea en su persona o propiedad. Esta responsabilidad no deriva de la inejecución de una obligación preexistente ya que ninguna existe entre la víctima y el autor del daño y, si la hay, esta resulta al margen de aquella y no proviene de su infracción.

⁸² Esta denominación deriva de la *Ley Aquilia* que reglamentó esta materia en la Roma antigua.

Esta tajante distinción formulada respecto de la responsabilidad civil lleva a analizar asuntos tales como el distinto tratamiento jurídico que les da la ley a cada categoría de responsabilidad y los presupuestos que deben concurrir para la aplicación de una u otra.

Diferencias entre ambas responsabilidades en nuestro ordenamiento jurídico.

1. *En cuanto a su generación:* en la responsabilidad contractual existe un vínculo jurídico previo cual es, precisamente, la convención generadora de obligaciones celebrada entre las partes.

En la extracontractual no necesariamente existe vínculo previo y si lo hay la responsabilidad aquiliana se produjo al margen de él y no resulta de su infracción.

2. *Respecto del dolo y la culpa:* en cuanto al *dolo* en materia de cumplimiento de obligaciones contractuales opera como una agravante de responsabilidad ya que hace responder incluso de los perjuicios imprevistos, mientras que en materia extracontractual no produce efectos distintos a la culpa.

En tanto, en materia contractual la *culpa* se presume y admite graduación. Por su parte, en materia extracontractual la culpa no se presume, debiendo probarse, y no admite graduación alguna.

3. *Con respecto a la mora:* en materia contractual para que haya lugar a la indemnización se debe estar en mora, en la cual normalmente se incurrirá previo requerimiento judicial.

En cambio, en responsabilidad aquiliana se incurre en mora por la sola comisión del delito o cuasidelito.

4. *En cuanto a la capacidad:* en responsabilidad contractual se necesita ser capaz de contratar, es decir, el sujeto debe tener 18 años. (salvo que se trate del peculio profesional del menor)

En cambio, la plena capacidad aquiliana se adquiere a los dieciséis años pero se puede ser responsable extracontractualmente desde los siete años en aquellos casos en que el juez determine que se actuó con discernimiento.

5. *Respecto de la prueba:* en materia contractual el peso de la prueba recae en el deudor, ya que el incumplimiento se presume culpable. (inciso tercero del artículo 1.547 del Código Civil)

Por su parte, y salvo excepciones, en materia de responsabilidad extracontractual el acreedor deberá probar que el daño causado es imputable a cierta persona.

6. *Pluralidad de deudores:* en materia contractual si son varios deudores y todos incumplen su obligación cada uno es responsable de forma simplemente conjunta. En cambio, todos los que cometen un delito o cuasidelito civil son solidariamente responsables del daño causado.

7. *Prescripción:* la acción para pedir la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de un contrato es de largo tiempo: por regla general, prescribe en cinco años desde que se hizo exigible la obligación.

Por su parte, la acción para hacer valer la responsabilidad extracontractual generalmente prescribe en cuatro años desde la perpetración del hecho ilícito.

8. *Daños a resarcir*: la mayoría de la doctrina estima que en materia de responsabilidad contractual sólo son resarcibles los daños de carácter patrimonial, es decir, el daño emergente y el lucro cesante.⁸³

En cambio, al día de hoy *toda* la doctrina estima que en sede extracontractual son indemnizables tanto los daños de carácter patrimonial como los de carácter extrapatrimonial o morales.

Presupuestos de la responsabilidad contractual.

Como ya hemos señalado esta tiene lugar cuando se infringe una obligación de origen convencional preexistente entre las partes, por lo que requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias:

1. Que entre las partes exista un contrato válido.⁸⁴
2. Que el daño sea ocasionado por una de las partes en perjuicio de otra.⁸⁵

Así, el daño ocasionado por un tercero que se hace cómplice del incumplimiento, o que determina por un hecho o culpa suyo que no se pueda cumplir la obligación es extracontractual, ya que no existía vínculo que lo ligara con el acreedor.

3. Que el daño provenga del incumplimiento del deudor y no de otra actuación de este.

Por esto, no por el hecho que dos personas estén unidas por una convención generadora de obligaciones toda responsabilidad entre ellas va a ser de orden contractual.

El daño debe provenir, precisamente, del incumplimiento de alguna de las obligaciones derivadas del contrato.

⁸³ Este punto es discutible, según lo señalaremos más adelante. Desde ya dejamos de manifiesto que nosotros nos adherimos a la tesis que plantea la indemnización de todo daño en materia contractual, esto es, tanto el patrimonial como el moral.

⁸⁴ Parece una perogrullada decir que la responsabilidad contractual supone un contrato, pero tiene importancia en los casos de la responsabilidad precontractual y del contrato nulo.

⁸⁵ En cuanto al deudor, también se entiende por parte del contrato a las personas por las que este es civilmente responsable.

Presupuestos de la responsabilidad extracontractual.

Son dos los requisitos fundamentales que deben concurrir: la *actuación ilícita* (culpable o dolosa) y el *daño* a la víctima que ésta actuación ocasiona. A estos requisitos debemos agregar la capacidad del agente y la no concurrencia de causales de exención de responsabilidad.

En consecuencia, para que se genere responsabilidad aquiliana debe concurrir:

1. Una acción u omisión dolosa o culposa del agente.

Como ya se señaló, el hecho que la actuación del agente sea cometida con culpa o con dolo no tiene ninguna trascendencia en esta clase de responsabilidad.

Sólo basta que concurra una u otra, quedando a criterio del juez el determinar si en la actuación del hechor ha existido el *descuido suficiente* constitutivo de culpa o la *intención positiva* que configura una actuación dolosa.

2. La no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad.

Existen hechos o circunstancias que excluyen la existencia de culpa y dolo y otros por los cuales, no obstante concurrir culpa o dolo, determinan que no se responda civilmente o atenúan la responsabilidad.

Estos hechos, que sólo nombraremos, son:

- Ausencia de culpa y caso fortuito.
- Estado de necesidad.
- El hecho de terceros, y
- La culpa de la víctima.

3. La capacidad del autor del hecho ilícito.

La regla general en materia extracontractual es la capacidad para responder por los daños ocasionados por un hecho ilícito.

Así, según el artículo 2.319 del Código Civil, sólo hay tres categorías de incapaces, a saber:

- Los infantes. (menores de 7 años)
- Los dementes,⁸⁶ y
- Los mayores de 7 años y menores de 16 que han actuado sin discernimiento.

4. El daño a la víctima.

No podemos dejar de reconocer la tendencia que impera hoy en día en materia de responsabilidad civil, tanto en doctrina como en jurisprudencia,⁸⁷ que ha desplazado el concepto de culpa por el de daño.

Esto en términos tales de que hoy se puede afirmar, sin miedo a equivocarse, que donde antes se decía “no hay responsabilidad civil sin culpa” hoy día se señala “no hay obligación de indemnizar sin perjuicio que resarcir”.

Ciertamente, debemos concluir que no existirá delito o cuasidelito civil si no hay perjuicios –patrimoniales o morales- que resarcir.

5. Relación de causalidad entre la actuación dolosa o culpable y el daño producido.

⁸⁶ Con respecto a los dementes, los autores que sostienen la existencia de intervalos lúcidos afirman que existirá responsabilidad si han actuado durante uno de ellos.

⁸⁷ Así, nuestra Excelentísima Corte Suprema resolviendo un asunto de orden extracontractual sentenció que: “Del conjunto de preceptos que rigen las indemnizaciones provenientes del daño se desprende que su procedencia presupone la existencia de un perjuicio, menoscabo, disminución o pérdida para quien lo experimenta o sufre, y la obligación de indemnizarlo para él que lo produce como consecuencia de un delito o cuasidelito”. (Fallo de fecha 29.11.68 publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 65, sección 4º, p. 323)

En igual sentido, “Un hecho ilícito, esto es, contrario al ordenamiento jurídico vigente, es fuente de responsabilidad civil, cual es de que se trata este proceso, sólo a condición de que se haya ocasionado un daño, tal cual está previsto por los artículos 1.487, 2.284 y 2.314, entre otros, del Código Civil”. (Corte de Apelaciones de Concepción, fallo de fecha 19.08.65 publicado en la Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Concepción, N° 136, p. 85)

Como es lógico, para que una persona quede obligada a indemnizar un perjuicio no basta que este exista y que haya habido dolo o culpa de su parte. Es preciso, además, que el daño sea por causa directa y necesaria del hecho del autor, de manera que sin este no se hubiera producido.

2.1. Nociones básicas sobre daño moral.

Concepto.

Siguiendo al profesor René Abeliuk podemos definirlo como el que afecta a los atributos o facultades morales o espirituales de la persona. Así, “en general, es el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección, etc. Como han dicho otras sentencias, es el dolor, pesar, angustia y molestias psíquicas que sufre una persona en sus sentimientos a consecuencia del hecho ilícito; un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo”.⁸⁸

En doctrina ciertamente se han elaborado una incontable cantidad de conceptos sobre este punto. Sin embargo, hemos optado por este, entre otras razones, en consideración a su amplitud.

En efecto, en su interior pueden incluirse varias especies de perjuicios. Así, recordemos que el daño moral en sus inicios era identificado únicamente con el dolor o sufrimiento o con los atentados al honor y, en cambio, hoy en día el abanico de bienes de la persona que es indemnizada a este título es enorme. A decir de la profesora Carmen

⁸⁸ Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, (año 1993), p. 204.

Domínguez “la determinación de los bienes o intereses cuyo atentado se ha de considerar constitutivo de un daño moral corresponderá, en definitiva, a la *conciencia social imperante* en el momento en que se efectúa esa calificación. Es entonces este último el único parámetro fijo con que puede contarse en esta materia”.⁸⁹

Posturas doctrinarias en cuanto al concepto de daño moral.

Según conceptualicen el daño moral es posible agrupar la doctrina en, a lo menos, cuatro posturas principales, a saber:

a.- *Noción negativa*: define al daño moral como todo aquel *no patrimonial*. Esta postura sostiene simplemente que el daño moral es un menoscabo a derechos extrapatrimoniales.

Se ha criticado esta teoría por ser demasiado elemental ya que sólo define por exclusión, no aportando nada acerca de lo que caracteriza verdaderamente al daño moral.

Además, se señala que la condición de extrapatrimonialidad es sólo una de las características de los derechos cuya violación genera daños morales.

b.- *Daños a derechos personalísimos*: esta posición pone énfasis en los derechos afectados, avanza más allá de lo no patrimonial, aportando un criterio positivo. Sostiene así que el daño moral se produce al violarse algún *derecho de la personalidad* siendo estos derechos, entendidos como bienes jurídicos, los que se protegen por el legislador.⁹⁰

Se ha criticado esta postura ya que en realidad alude al *daño en sentido amplio*, centrándose en la lesión misma del derecho subjetivo

⁸⁹ Domínguez Hidalgo, Carmen. *El daño moral*. Tomo I. 1ª edición de 2.000. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (año 2.000). p. 85.

⁹⁰ Tales como la paz, la vida íntima, la integridad física, el honor, la tranquilidad del espíritu, etc.

menoscabado, en lugar de considerar al *objeto disminuido u ofendido*, que es en realidad lo menoscabado.

c.- Lesión a un interés extrapatrimonial: esta corriente toma en cuenta la *naturaleza del interés lesionado*. Señalan que el daño moral constituye el menoscabo a un interés no patrimonial provocado por el hecho o acto antijurídico.

Se trataría de aquel perjuicio que lesiona intereses que afectan a la persona y lo que esta posee, pero que no son posibles de medirse pecuniariamente.

Esta concepción permite extender la reparación del daño moral sufrida por personas jurídicas, puesto que éstas también son titulares de ciertos derechos extrapatrimoniales susceptibles de ser menoscabados, tales como la reputación, el nombre, etc.

Si bien es cierto el daño es, efectivamente, la lesión a un interés creemos que para la conceptualización del daño moral se debe realizar una precisión en relación con el objeto mismo del perjuicio, esto es, el resultado de la acción nocible.

d.- Alteración disvaliosa del bienestar: esta posición hace hincapié en la consecuencia de la acción antijurídica, en el resultado dañoso de la acción, esto es, el daño moral se configura cuando las consecuencias derivadas de la lesión al derecho tienen naturaleza espiritual.

Esta corriente demarca el ámbito de cada daño indemnizable: el daño moral y el daño patrimonial, constituyendo ambos dos especies de perjuicios absolutamente distintos.

El resultado de la acción dañosa debe tener naturaleza espiritual, alterando cualquier aspecto del bienestar sicofísico del individuo. Es decir, que cuando esas consecuencias actúan sólo sobre el estado económico, se configura exclusivamente daño patrimonial.

Esta línea doctrinal no sólo impide limitar la reparabilidad del daño moral al dolor o sufrimiento,⁹¹ sino que significa una reparación integral, considerando toda consecuencia extrapatrimonial adversa. Considera al espíritu humano en su capacidad de entender, querer o sentir.

Para esta postura se consideran *repercusiones extrapatrimoniales desfavorables*, las siguientes:

- La frustración del proyecto existencial de la persona.
- La multiplicidad de consecuencias desfavorables que impidan los goces de la vida,⁹² y
- Finalmente, toda modificación disvaliosa en la aptitud de querer, sentir o entender.⁹³

2.2. Daño moral contractual y aquiliano.

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual trae aparejada, además de las diferencias anteriormente señaladas, un distinto tratamiento en lo referido a la resarcibilidad del daño moral. Lo anterior ya que tanto la jurisprudencia, como la generalidad de la doctrina, la han aceptado ampliamente en materia aquiliana, no así en materia contractual.

Ciertamente, hoy en día se encuentra superada cualquier discusión referida a la admisión de la reparación del daño moral en sede aquiliana ya que absolutamente toda la doctrina y la jurisprudencia lo admiten basándose en el tenor del artículo 2.329 del Código Civil el cual al tratar los delitos o cuasidelitos indica que, por regla general, todo daño que

⁹¹ O a otras como seguridad, afecto, goce, etc.

⁹² Que se reflejan en la actuación cultural, social, deportiva, estética, sexual, intelectual, etc.

⁹³ Para esta posición incluso, al hablar de bienestar sicofísico, quedan abarcadas todas las patologías mentales. Pronunciándose en contra de la consideración del daño psíquico o psicológico como concepto autónomo, con relación a la clasificación de los daños en moral y patrimonial.

pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Así, en la expresión *todo daño* se entienden comprendidos los perjuicios materiales y morales.

Distinta es la situación de la reparación del daño moral en sede contractual, como pasaremos a ver.

Teorías acerca de la resarcibilidad del daño moral contractual.

Como adelantamos previamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria niegan la posibilidad de reparación del daño moral originado en sede contractual. Asimismo, dejamos ver que una creciente minoría estima que esta clase de daño debe ser resarcido con independencia de la sede en que se cause.

Por tanto, corresponde ahora estudiar cuales son los argumentos de una y otra posición doctrinal.

a.- Tesis contraria a la reparación del daño moral contractual.

Esta postura señala que la indemnización del daño moral no sería procedente en sede contractual debido a que en este ámbito de la responsabilidad la reparación de perjuicios sólo dice relación con aquellos de *carácter material o patrimonial*.

En efecto, argumentan que nuestro Código Civil no trata en forma sistemática la responsabilidad contractual ya que sólo se limita a entregar reglas referidas a los efectos de los contratos y a los efectos de las obligaciones.

Así, el título XII del Libro IV del Código Civil que trata sobre los Efectos de las Obligaciones no contiene una norma como el ya referido artículo 2.329 que en materia extracontractual ordena reparar *todo daño*.

Ciertamente, en absoluta contraposición a la norma recién referida encontramos el artículo 1.556 del Código Civil relativo al Efecto de las Obligaciones que sostiene que *la indemnización de perjuicios* comprende el *daño emergente* y *lucro cesante* ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento.

Según esta doctrina, las expresiones *daño emergente* y *lucro cesante* únicamente tienen contenido patrimonial.

En esta línea doctrinal se basó la Corte de Apelaciones de Concepción para pronunciar un fallo de fecha 19 de enero de 1.990 que sostiene que “la indemnización del daño moral fundada en el incumplimiento de una obligación contractual no ha tenido acogida en la jurisprudencia nacional fundada en que de acuerdo al artículo 1.556 del Código Civil, relacionado con la materia, la indemnización de perjuicios provenientes de no haberse cumplido la obligación o haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento sólo comprende el daño emergente y el lucro cesante”.⁹⁴

Asimismo, por tal motivo, el juez para evaluar dichos perjuicios tendría que aplicar la norma del artículo 1.558 del Código Civil el que dispone: “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.

De esta forma, la reparación en materia contractual no es completa, a diferencia de lo que ocurre en materia extracontractual.

⁹⁴ Gaceta Jurídica, N° 49, p. 101.

Ciertamente, tratándose de convenciones generadoras de obligaciones, el deudor es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, salvo que pueda imputársele dolo en cuyo caso responde aun de los imprevistos.

Otro de los argumentos esgrimidos para negar la reparación del daño moral contractual es el tenor del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil,⁹⁵ según el cual los magistrados carecerían de la facultad discrecional para la apreciación del perjuicio extrapatrimonial, prerrogativa que resulta imprescindible dada su naturaleza. En efecto, dicho precepto exige para dar lugar a la indemnización de perjuicios que la especie y monto de ellos resulten probados, o por lo menos, probadas las bases que deban servir para la liquidación de dicho monto al ejecutarse el fallo.⁹⁶

b.- Tesis favorable a la indemnización del daño moral contractual.

La dualidad de criterios existente sobre la reparación del daño moral en sede contractual y extracontractual ha conducido a que importantes sectores de la doctrina nacional intenten superar la incongruencia de resarcir completamente el daño moral en sede aquiliana y rechazar totalmente el mismo si este se produce en sede contractual.

Así, recurren al análisis semántico del artículo 1.556 con el objeto de superar el alcance que tradicionalmente se le ha dado a dicho precepto en el sentido de entender que esta norma sólo se refiere a la indemnización de perjuicios patrimoniales, esto es, el daño emergente y el lucro cesante, excluyéndose de esta forma el daño moral.

⁹⁵ Dispone el inciso primero de aquella norma: “Cuando una de las partes haya de ser condenada a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios, y se ha litigado sobre su especie y monto, la sentencia determinará la cantidad líquida que por esta causa deba abonarse, o declarará sin lugar el pago, si no resultan probados la especie y el monto de lo que se cobra, o, por lo menos, las bases que deban servir para su liquidación al ejecutarse la sentencia”.

⁹⁶ En esta misma línea se pronuncian los fallos de la Corte Suprema en citados en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 33, sección 1ª, p. 331; y tomo 48, sección 1ª, p. 127.

De acuerdo a dicho análisis se ha concluido que el daño moral quedaría comprendido en la expresión “*daño emergente*” por las siguientes razones:

1° Porque el término “daño” es propio de aquellos detrimentos que se ocasionan a las personas y por lo mismo, la expresión daño emergente tiene un alcance más amplio que la de “perjuicios materiales”, por lo que deben ser comprendidos en esta tanto dichos perjuicios como el daño moral.⁹⁷

2° Porque el Diccionario de la Real Academia define el término daño como “mal, perjuicio, aflicción, privación de bien” de modo que, aplicando la regla de interpretación contenida en artículo 20 del Código Civil, dicha expresión debe ser entendida en su contenido general, y

3° Al aplicar el aforismo “donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir” a la interpretación del precepto en estudio, resulta ilícita cualquier distinción interpretativa ya que el citado artículo 1.556 no efectúa distinción alguna entre daño moral y patrimonial.

Otro de los argumentos aducidos por esta doctrina es aquel que plantea que el artículo 173 de nuestro Código de Procedimiento Civil no impide la reparación del daño moral contractual, ya que tal norma no niega al juez la facultad discrecional necesaria para apreciarlo porque se refiere únicamente a los daños causados en las cosas y sólo cuando se solicita la indemnización de perjuicios junto con la devolución de frutos en forma alternativa.⁹⁸

También se desecha un argumento citado por la tesis contraria, que niega la reparación del daño moral contractual. Ciertamente, esta doctrina argumenta que el ya citado artículo 1.556 sería equivalente al artículo

⁹⁷ Esta ha sido la interpretación que le ha dado tanto la doctrina como la jurisprudencia para sostener que el daño moral es resarcible en materia extracontractual.

⁹⁸ Tomaseño Hart, Leslie, *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (año 1969), p. 83.

1.149 del Código de Napoleón⁹⁹ y que de conformidad a la interpretación que se le ha dado al mismo sólo se permite la reparación de los daños patrimoniales. Así, y al ser coincidentes ambas normas, habría que concluir que no cabe el resarcimiento por los detrimentos morales en materia contractual.

Sin embargo, para la teoría de la admisibilidad tal afirmación carece de todo valor porque tanto la jurisprudencia como la doctrina francesa rechazan la citada interpretación, aceptando la reparación del daño moral en sede contractual.

También se ha sostenido que la falta de reglamentación no es motivo suficiente para negar su reparación ya que en materia extracontractual el resarcimiento se acepta sin discusión a pesar de lo escaso de la normativa aplicable.¹⁰⁰

Lo cierto es que considerando la doctrina y la legislación que inspiraron nuestro Código Civil el legislador de la época sólo tuvo en consideración los perjuicios materiales.¹⁰¹

En efecto, las normas sobre responsabilidad contractual fueron tomadas prácticamente en forma textual del “Tratado de las Obligaciones” de Pothier y los artículos 1.146 a 1.155 del Código de Napoleón.

A este respecto Pothier indica que por *daño* se debe entender “la pérdida que uno ha sufrido” y por *perjuicio* “la ganancia que ha dejado de

⁹⁹ Dicho artículo señala: “Los daños y perjuicios al acreedor son, en general, la pérdida que ha experimentado y la ganancia de que ha sido privado, salvo las excepciones y modificaciones que más adelante se establecen”.

¹⁰⁰ Tomasello Hart, Leslie. Op. cit. en nota N° 98, p. 83.

¹⁰¹ En materia de responsabilidad aquiliana si bien existen antecedentes históricos que permiten deducir que ya en la época del Derecho Romano se reconocía en cierta forma el derecho a la reparación por atentados a derechos extrapatrimoniales como, por ejemplo, el honor (*actio iniurarium*) no es suficiente para sostener que el legislador tuvo en cuenta tales daños.

De hecho, la legislación que Bello pudo consultar apenas reglamentaba la responsabilidad extracontractual. Más bien, se limitaba a reglas muy generales y breves sin que aparezca en ellas la posibilidad siquiera de resarcir un daño no económico.

Por otra parte, el redactor de nuestro Código Civil en los artículos 2.314 y siguientes, siguió la casuística de *Las Partidas* de Domat, quien sólo se limitó a consagrar una fórmula general abierta a la reparación de toda clase de daños y que más tarde sirvió de fundamento para la reparación del daño moral en la mayor parte de los sistemas de derecho civil romanista.

hacer”. Dichos conceptos fueron recogidos por el legislador francés a la letra en el artículo 1.149 y por nuestro 1.556.

Por otra parte, tampoco es valedera la afirmación dada por la doctrina que niega la reparación en el sentido de que ningún precepto de nuestro Código Civil hace referencia al daño moral ya que el contenido de la obligación contractual ha de ser siempre económico, pues dicha problemática ha sido superada. En efecto, hoy en día la doctrina sostiene que no es presupuesto necesario para demandar indemnización de perjuicios que la obligación contractual sea de carácter patrimonial.¹⁰²

Asimismo, los partidarios de la resarcibilidad agregan que es necesario tener en cuenta el gran avance a nivel constitucional de los derechos extrapatrimoniales como son los establecidos en los números 1 y 4 del artículo 19 y, por supuesto, número 26 del mismo artículo 19 que como supra garantía de los demás derechos constitucionales resguarda cualquier limitación, especialmente alguna que provenga de normas jerárquicas inferiores.

Así, cualquier norma que se oponga a su protección, como lo sería el artículo 1.556 del Código Civil según la tesis negativa, debe ser desechada frente a la primacía de las normas constitucionales.¹⁰³

De esta forma se ha señalado que la reparación del daño moral o, mejor aún, la *reparación de todo daño* ha logrado alcanzar el rango de principio general del derecho.

Por último, sólo nos cabe agregar que nos adherimos a la posición que admite la resarcibilidad del daño mora contractual principalmente porque consideramos que por razones de justicia e igualdad ante la ley no

¹⁰² Tomasello Hart, Leslie. Op. cit. en nota N° 98, p. 99 y sgtes.

¹⁰³ En este sentido la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 20 de octubre de 1.994 que resuelve que: “No hay que olvidar que entre las orientaciones básicas que informan nuestra Carta Fundamental se encuentra el artículo 19 N° 1, a través del cual se asegura no sólo el derecho a la vida sino también a la integridad física y síquica de las personas, cono asimismo en el N° 4 el respeto y protección a la vida privada

resulta procedente su no reparación en esta sede si en otro ámbito de la responsabilidad es otorgado sin objeción alguna.

Esto implicaría vulnerar flagrantemente el principio de la reparación integral de todo daño y caer en el absurdo que significa que incumplir un contrato resulta más favorable que cometer un cuasidelito, ya que en el primero de los casos no se respondería de todos los perjuicios.

Para finalizar debemos señalar que recientemente la Ley de Protección al Consumidor N° 19.496, en su artículo 3, letra e)¹⁰⁴ consagró la reparación del daño moral contractual al establecer expresamente la indemnización por daños materiales y morales en caso de incumplimiento de las normas que ella contiene.

Evolución jurisprudencial.

a.- Daño moral extracontractual.

Desde la dictación del Código Civil hasta principios del siglo pasado, la jurisprudencia nacional rechazó las solicitudes que se le presentaban pidiendo resarcir el daño moral extracontractual.

Ciertamente, en nuestra jurisprudencia la reparación del daño moral extracontractual fue acogida por primera vez por un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1.907¹⁰⁵ sentencia que fijó una suma de dinero destinada a indemnizar el perjuicio que a un padre le produjo la muerte de su hijo menor de edad a consecuencia de un cuasidelito.

Posteriormente, en una sentencia de diciembre de 1.922 se realiza la primera justificación detallada y profunda a favor de la reparación del daño moral.

y pública y a la honra de la persona y familia. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 91, sección 1ª, p. 100 y sgtes.)

¹⁰⁴ Dispone la norma citada que: "Son deberes y derechos básicos del consumidor: e) La reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y *morales* en caso de incumplimiento de lo dispuesto en esta ley, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea..."

El cambio jurisprudencial no operó de una manera inmediata en nuestros tribunales, ya que aun en una sentencia de 1.940 encontramos esta discusión en orden a sí procede o no la indemnización del daño moral.¹⁰⁶

Pero con el tiempo, y tras algunas vacilaciones, la doctrina y la jurisprudencia se han unificado en orden a aceptar, sin discusión, la indemnización del daño moral en materia aquiliana.

b.- Daño moral contractual.

Como ya señalamos, a diferencia de lo que ocurre en materia extracontractual, la aceptación de la indemnización del daño moral en materia contractual es algo reciente en nuestro país. Tanto la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria han declarado que en materia contractual no es indemnizable el daño moral.¹⁰⁷

La jurisprudencia nacional, en forma excepcional, comenzó a aceptar la reparación del daño moral contractual en la década del 1.950 respecto del contrato de transporte.¹⁰⁸ Tampoco hubo problemas en aceptarla respecto de accidentes del trabajo dado el tenor de lo dispuesto en el artículo 69 letra b) de la ley N° 16.744, que dispone que “la víctima y demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso al daño moral”.

¹⁰⁵ Diez Schwerter, José. *El daño extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina*. 1ª Edición de 1.997. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (año 1.997), p. 94.

¹⁰⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de septiembre de 1940. (R.D.J. tomo 39, sección 1º, pág. 214)

¹⁰⁷ Así opinan Alessandri, Vodanovic, Somarriva, entre otros. A los que agregamos autores como Claro Solar y Barros Errázuriz respecto de quienes, dado su silencio, debemos entender que rechazan la indemnización del daño moral en materia contractual.

¹⁰⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 48, sección 1ª, p. 252 y tomo 51, sección 1ª, p. 74.

En derecho común sólo en el año 1.984 encontramos una sentencia que acoge la reparación del daño moral contractual por la negativa injustificada de un banco a alzar una hipoteca.¹⁰⁹

Con posterioridad, el 20 de octubre de 1994, la Corte Suprema, al resolver un recurso de casación en el fondo, señala que la reparación del daño moral contractual no viola lo establecido en los artículos 1.556 y 1.558 del Código Civil. Sostuvo el máximo Tribunal que el artículo 1.556 al expresar que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye la reparación del daño meramente moral. Agrega la Corte que la ley no prohíbe la indemnización del daño moral fuera del ámbito delictual y cuasidelictual y que los artículos 544, 539 y 1.544 del Código Civil abren la puerta a esta clase de daños no patrimoniales en las relaciones de familia y en las convenciones.

Sostiene el fallo además que, aceptado el daño moral en materia extracontractual, no existe motivo para negarlo en el área contractual.

Finalmente la sentencia se hace cargo del argumento en orden a que con el artículo 2.329 el legislador se cuidó de ampliar el concepto de lo que es resarcible sólo en materia aquiliana, para no permitir en otros ámbitos interpretaciones amplias que admitan reparar el daño moral. Señala la Corte que la citada norma no es suficientemente definitiva y categórica, que el Código Civil no se ha preocupado de definir con exactitud lo que entiende por perjuicio o por daño y que al examinar otros preceptos fuera del título dedicado a los delitos y cuasidelitos se hallan muchos de ellos que también responsabilizan al deudor del pago de todo perjuicio, usando términos amplios como lo hacen los artículos 1.562, 1.533, 1.853, 1.930, 1.949 del Código Civil, entre otros.

¹⁰⁹ Domínguez Águila, Ramón y Domínguez Benavente, Ramón en “Daño moral en la responsabilidad contractual. Ausencia de norma excluyente de su reparación”. Comentario de jurisprudencia aparecido en la Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 196, año LXII, julio - diciembre de 1.994, p. 156.

A pesar de lo fundado de este fallo, debemos admitir que hoy en día aun la jurisprudencia mayoritaria niega la reparación de los perjuicios morales causados en sede contractual.

2.3. Contenido ético jurídico del contrato de trabajo.

Como hemos señalado a lo largo de esta memoria la principal característica del derecho laboral es su finalidad protectora de la parte débil de la relación laboral, el trabajador, quien pone a disposición del empleador su energía laboral en virtud de un contrato de trabajo, el cual tiene componentes que van mucho más allá de lo meramente patrimonial.¹¹⁰

De este modo, los profesores Thayer y Novoa distinguen tres contenidos en el contrato de trabajo, a saber:¹¹¹

- 1.- *Contenido de naturaleza jurídico institucional*: el cual comprende la facultad de mando del empleador y el deber de obediencia del trabajador.
- 2.- *Contenido patrimonial*: el cual consiste en la obligación de prestar los servicios convenidos y la de pagar la respectiva remuneración, y
- 3.- *Contenido ético jurídico*: basado en que el contrato de trabajo tiene un profundo contenido moral con manifestaciones jurídicas.

En nuestro derecho, el contenido ético jurídico del contrato de trabajo se deduce del principio general de la buena fe consagrado en el ya visto artículo 1.546 del Código Civil, el cual dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la

¹¹⁰ Gamonal Contreras, Sergio. Op. cit. en nota N° 62. p. 23.

¹¹¹ Thayer Arteaga, William y Novoa, Fuenzalida, Patricio. Op. cit. en nota N° 4. p. 167 y sgte.

naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.¹¹²

De este modo se trataría de obligaciones que se integran a la ejecución de buena fe del contrato de trabajo por expresa disposición de la ley.

Además, se ha fundamentado éste contenido en el hecho que la obligación del trabajador compromete su propia persona toda vez que destina parte de sus energías físicas y mentales, constitutivas de su personalidad, involucrándose en forma singular y personalísima.

Lo anterior se complementa con el hecho que el contrato de trabajo se desarrolla y cumple a lo largo del tiempo, originándose vínculos personales y permanentes que lo diferencian de una simple transacción circunstancial o mercantil.¹¹³

Enumerando los deberes que nacen del contenido ético jurídico del contrato de trabajo, nos encontramos con los siguientes:¹¹⁴

Por parte del empleador:

- a. Deber de respeto a la persona y dignidad del trabajador.
- b. Deber general de protección, donde encontramos: deber de higiene y seguridad, deber de previsión, deber de dar ocupación efectiva y adecuada, de capacitación y educación y normas sobre protección a la maternidad.

Y por parte del trabajador.

- a. Deber de diligencia y colaboración.
- b. Deber de fidelidad.

¹¹² Id., p. 318. Para Thayer y Novoa el contenido ético jurídico no es una obligación que integra la naturaleza del contrato, sino que forma parte de los deberes esenciales y principales de la relación laboral.

¹¹³ Mera Manzano, Rubén. "El contenido ético del contrato de trabajo" en Estudios de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social en Homenaje al profesor don Francisco Walker Linares, Editorial Jurídica de Chile, año 1.968, p. 200.

¹¹⁴ Para una mayor profundización del tema ver: Tatter Acleh, María Luz y Alarcón Reyes, Rodrigo. "El contenido ético jurídico del contrato de trabajo". Memoria de prueba presentada como requisito para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, año 1999.

c. Deber de lealtad.

En consecuencia no cabe duda que ante eventuales incumplimientos de las obligaciones del contrato de trabajo –especialmente de aquellas que forman parte de su contenido ético jurídico- pueden producirse no sólo daños materiales sino también morales.¹¹⁵

Este contenido ético jurídico no tiene un tratamiento sistemático en nuestra legislación laboral, sino que aparece de interpretar una serie de normas dispersas que demuestran su consagración positiva y el reconocimiento implícito de la posibilidad que alguna de las partes de este contrato incurra en conductas que provoquen daño moral.

A continuación revisaremos estas normas dispersas del Código del Trabajo.

Ciertamente, en materia de *término de contrato* dispone el artículo 160 que:

“El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:”

- a.- “Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones”.
- b.- “Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa”.
- c.- “Injurias proferidas por el trabajador al empleador”.
- d.- “Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña”.

En esta misma línea y en materia de *prácticas desleales o antisindicales*, el Código contempla en tres preceptos la posibilidad de sufrir un perjuicio de orden moral.

Así, el artículo 291 en su letra a) dispone:

¹¹⁵ Gamonal Contreras, Sergio, op. cit. en nota N° 62, pág. 28.

“Incurren, especialmente, en infracción que atenta contra la libertad sindical:”

a.- “Los que ejerzan *fuerza física o moral en los trabajadores* a fin de obtener su afiliación o desafiliación sindical o para que un trabajador se abstenga de pertenecer a un sindicato, y los que en igual forma impidan u obliguen a un trabajador a promover la formación de una organización sindical”.

Por su parte, el artículo 387 prescribe en su letra d) que:

“Serán consideradas prácticas desleales del empleador las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos”.

“Especialmente incurren en esta infracción:”

d.- “El que ejerza fuerza física en las cosas, o *física o moral en las personas*, durante el procedimiento de negociación colectiva”.

Finalmente, las letras b) y c) del artículo 388 disponen respectivamente que:

“Serán también consideradas prácticas desleales del trabajador, de las organizaciones sindicales o de éstos y del empleador en su caso, las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos”.

“Especialmente incurren en esta infracción:”

b.- “Los que ejerzan fuerza física en las cosas, o *física y moral en las personas* durante el procedimiento de negociación colectiva”.

c.- “Los que acuerden con el empleador la ejecución por parte de éste de prácticas atentatorias contra la negociación colectiva y sus procedimientos, en conformidad a las disposiciones precedentes, y los que *presionen física o moralmente al empleador* para inducirlo a ejecutar tales actos”.

No queda lugar a duda de que en todas las normas antes citadas la *fuerza moral* puede producir un perjuicio de carácter extrapatrimonial que deberá ser indemnizado.

Aun más, el inciso décimo del artículo 292 del Código del Trabajo dispone que “Si la sentencia da por establecida la práctica antisindical o desleal, además, dispondrá que se *subsanen o enmienden los actos que constituyen dicha práctica*; el pago de la multa a que se refiere este artículo, fijando su monto, y que se reincorpore en forma inmediata a los trabajadores sujetos a fuero laboral separados de sus funciones, si esto no se hubiere efectuado antes”.

Creemos que esta norma reconoce la posibilidad de reparar el daño moral ocasionado, reparación que se efectuaría mediante la intervención judicial que subsane o enmiende –a través de una indemnización- los actos que constituyen dicha práctica antisindical o desleal.

Concluyendo, las disposiciones citadas reconocen implícitamente el contenido ético jurídico del contrato de trabajo. Aun más, existe una norma que expresamente otorga al juez la facultad de enmendar o subsanar actos determinados que constituyan una práctica antisindical, entre los cuales pueden estar aquellos constitutivos de *fuerza moral* que perfectamente podrían enmendarse otorgando a quien corresponda el pago de una indemnización determinada.

Por otra parte, los deberes constitutivos de este contenido del contrato claramente obligan al empleador y al trabajador a respetar la persona y dignidad del co-contratante, siendo esta no una obligación de carácter secundario o carente de relevancia sino que parte integrante de la convención laboral con tanta o más importancia que el pago de remuneración por parte del empleador o la prestación de servicios por parte del dependiente.

3. Capítulo tercero.

Indemnización del daño moral ocasionado por despido abusivo

En el capítulo primero revisamos someramente el régimen jurídico aplicable a la terminación del contrato de trabajo. Así descartamos el carácter reparatorio o indemnizatorio en sentido estricto de las sumas de dinero, convencionales o legales, pagaderas por término de esta convención y de sus aumentos porcentuales, para el caso que estos procedan.

Descartado que fue este carácter indemnizatorio creemos que se abre una peligrosa puerta en orden a que se interponga un sinnúmero de acciones tendientes a reclamar, conforme las reglas generales de derecho común, el resarcimiento de los perjuicios –materiales o morales– efectivamente causados por este acto jurídico unilateral que es el despido.

Evidentemente esta situación acarrearía nefastas consecuencias para el desarrollo de la actividad productiva nacional. A fin de evitarlas y en aras de conjugar adecuadamente el principio de reparación integral del daño con una política laboral tendiente a favorecer la creación de nuevos empleos reiteramos la urgente necesidad en orden a que se regule esta materia por el legislador estableciéndose que las sumas de dinero pagaderas por término de contrato efectivamente tienen el carácter de indemnización, la cual debe entenderse como reparatoria de todos los perjuicios de carácter patrimonial que el despido ocasione al trabajador e incluso los morales provocados al dependiente producto de un despido, aun cuando este se considere como injustificado, indebido o improcedente en la medida que el empleador haya aplicado la causal de que se trate en forma errónea y/o de buena fe.

Una indemnización del daño moral adicional a la tarifada legalmente debe reservarse para las hipótesis en que exista un *abuso* del derecho a despedir con que cuenta el empleador, cuestión de hecho que deberá ser resuelta caso a caso por el Tribunal en atención a ciertos parámetros objetivos y a las circunstancias concomitantes al despido.

A fin de determinar cuando procedería esta indemnización adicional a la tarifada legalmente veremos en este capítulo que circunstancias permitirían calificar un despido como abusivo.

En caso de no legislarse en la forma expuesta, reiteramos que necesariamente debemos concluir que procede el resarcimiento de *todo* perjuicio que el despido ocasione al dependiente ya que nuestro ordenamiento jurídico no contempla indemnización alguna –en sentido estricto- que repare los daños ocasionados por el acto jurídico que es el despido. En cuanto a los daños morales, analizaremos si su resarcimiento se debe buscar en sede contractual o extracontractual, lo cual será determinante para efectos de determinar la competencia de los tribunales.

3.1. Despido abusivo. Concepto e hipótesis.

Como hemos dicho, para el derecho laboral es de gran importancia que los contratos de trabajo sean estables a fin de que los trabajadores gocen de una mínima permanencia en sus empleos que les permita disfrutar de una cierta seguridad y tranquilidad en su vida.

De este modo uno de los principios más importantes del derecho laboral el de continuidad, permanencia o estabilidad en el empleo.

La estabilidad laboral ha sido definida como “el derecho a permanecer el cargo asalariado que se desempeña, a no ser despedido sin causa justificada calificada por la autoridad competente y, en caso de

despido inmotivado, a ser reintegrado al empleo o, en subsidio, a ser indemnizado adecuadamente”.¹¹⁶

Concepto de Despido Abusivo.

Existen situaciones en que el empleador desea despedir a un trabajador sin que se haya configurado causal alguna que permita poner término a la relación de trabajo. También puede darse un caso en que con el propósito de no pagar las indemnizaciones por término de contrato el empleador aplique una causal que lo exonere del referido pago.

En otras ocasiones podría no invocarse una causal de despido o invocarse una que oculte las verdaderas motivaciones del despido, las cuales pueden ser ilícitas como serían la discriminación o la persecución sindical.

De lo anterior, no podemos sino concluir que el derecho al despido con que cuenta el empleador es susceptible de ser ejercido con abuso.

Así, y siguiendo a Añez Rea, podemos definir el despido abusivo como “la extinción de la relación contractual de trabajo por voluntad unilateral del empleador y que se adopta sin justa causa o motivo justificante, o con mala fe o deslealtad.”¹¹⁷

Como indicamos, el despido puede ser ejercido con abuso, esto es, sin invocar causal alguna, o con mala fe o deslealtad. Naturalmente, si el empleador tiene la facultad de cesar la relación laboral despidiendo al trabajador, cuando actúa abusivamente debe responder por los daños ocasionados por el mal ejercicio de su derecho, ya que el derecho de despedir no es ilimitado.

¹¹⁶ Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, citada por Gamonal Contreras, Sergio. Op. cit. en nota N° 62. p. 34.

¹¹⁷ Añez Rea, Walter. Op. cit en nota N° 72. p. 8.

Así, llegamos a la conclusión que la configuración del despido abusivo requiere necesariamente del exceso por parte del empleador en el ejercicio de su facultad legal de despedir; entendiéndose que se produce por razones extralaborales, para la satisfacción de fines ilícitos o con el fin de ocasionar al trabajador un daño o un perjuicio gratuito e innecesario, utilizando el derecho con abuso y deslealtad.¹¹⁸

Hipótesis de despido abusivo.

Desde una perspectiva pragmática ilustraremos con unos ejemplos lo que podría llegar a calificarse como un despido abusivo los cuales, por su extensión, sólo enumeraremos.

- Para destruir o impedir que se forme un sindicato.
- Para excluir un delegado sindical.
- Para crear una vacante en que pueda ser sustituido el despedido por alguien que cuente con la simpatía del empleador.
- A través de la imputación falsa de un delito o conducta.
- Mediante la atribución de hechos u omisiones improbadas.
- Por la rebaja del sueldo.
- Por abuso del ius variandi a través de la arbitraria rebaja de jerarquía, tareas o lugar de desempeño.
- Por la excesiva publicidad del despido por falta grave.
- Por la invocación de un deficiente estado de salud que no haya sido comprobado.
- Por la lesión de la dignidad profesional.
- Por la agresión física o verbal al momento de ser despedido.
- Como reacción de la empresa hacia el trabajador que sirvió de testigo en un proceso laboral contra el empleador.

¹¹⁸ Ibid.

- Por acoso sexual del empleador.
- Por discriminación étnica, sexual, política o social.
- Por la improbada o dolosa imputación de un fracaso económico que haya perjudicado a la empresa.

3.2. Justificación de la indemnización del daño moral ocasionado por despido abusivo.

Podemos justificar la procedencia de esta indemnización tanto desde una perspectiva constitucional como desde una legal.

Justificación Constitucional.

Como es sabido, la indemnización del daño moral y, más aun, el principio de reparación integral del daño, ha sido acogido a nivel constitucional.

Así, en el ámbito del derecho publico nuestra Constitución hace referencia al daño moral en más de una de sus disposiciones como, por ejemplo:

- a) El artículo 19 N° 7, que en su letra i) dispone el derecho a ser indemnizado por el Estado por los perjuicios patrimoniales y morales causados por error judicial.
- b) El artículo 38 inciso 2°, al disponer que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". Obviamente que en este reclamo se puede incluir el daño moral, toda vez que el constituyente no omite su reparación.

Ahora, en el ámbito del derecho privado, el fundamento normativo de mayor trascendencia para aceptar la indemnización del daño moral por despido injustificado se encuentra en el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental que asegura a todas las personas el derecho al honor ¹¹⁹ y, más ampliamente, el N° 1 de dicho artículo, que asegura el derecho a la integridad síquica.

La Carta fundamental asegura este derecho al honor a todas las personas y, por consiguiente, al trabajador.

La lesión de cualquier aspecto del honor, subjetivo u objetivo, puede configurar daño moral y la correspondiente obligación de indemnizarlo. Ello queda todavía más patente al asegurar la Carta Fundamental el derecho a la integridad síquica. Esta es una noción más amplia que la del honor y que pudiéramos asimilar a la del bienestar espiritual. Siendo el daño moral un detrimento de la integridad síquica del individuo la garantía constitucional nos permita desprender la necesidad de reparación, que es la única forma de restaurar, mediante una satisfacción económica y con las obvias limitaciones que ella entraña, la integridad síquica menoscabada.

Al asegurar la integridad la Constitución asegura la reparación.

Por otro lado, todo daño patrimonial o extrapatrimonial que sufra el trabajador sin estar obligado a soportarlo es antijurídico y, por tanto, resarcible, implicando una carga desigual que vulnera las garantías jurídicas de igualdad ante la ley (artículo 19 N° 3) e igual repartición de las cargas públicas (artículo 19 N° 20) que la Carta Fundamental reconoce expresamente.

¹¹⁹ “Suele distinguirse en la idea de honor, un aspecto subjetivo y otro objetivo. El primero corresponde al sentimiento propio de dignidad moral nacido de la conciencia de nuestras virtudes, de nuestros méritos. El aspecto objetivo está representado por la apreciación y estimación que hacen los demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social”. Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda., Santiago, (año 1987), p. 386.

El trabajador que experimenta un daño sin estar obligado a soportarlo se ve privado o menoscabado en lo suyo, en su ser o en su tener, en su persona o en su patrimonio lo cual, a su turno, vulnera su derecho de propiedad, el cual sólo puede ser limitado en los casos y formas que establezca la ley según lo preceptuado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución.

Por consiguiente es un imperativo constitucional que sea reparado.

Otro de los puntos importantes es que mediante el número 26 del artículo 19, que establece la llamada “super garantía”, y con el principio de legalidad constitucional que establecen los artículos 6 y 7, además del inciso 2° del artículo 5, tenemos en el ámbito de los derechos y garantías constitucionales una particularidad cual es que ni la ley, ni decreto, ni reglamento, ni ninguna norma puede prevalecer por sobre la Constitución.

De esta manera no se necesitaría de la declaración de inconstitucionalidad porque la Constitución obliga al juez a desconocer cualquier norma que vulnere las garantías constitucionales. Para esto está el artículo 19 N° 26 y las otras normas citadas.

Así pues, si entendiéramos que la indemnización por despido injustificado comprende la reparación del daño moral, debemos entender que eso, más que tarifar la reparación, es hacer abstracción de la entidad del daño en el cálculo de la reparación. Con ello se vulnerarían todas las normas constitucionales ya citadas, además de alterar la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.¹²⁰

¹²⁰ Domínguez Águila, Ramón. *Responsabilidad civil del empresario por el daño moral causado a sus trabajadores* artículo aparecido en Cuaderno de Extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, año 1996, p. 26.

Justificación a escala legal.

Como vimos al tratar el contenido ético jurídico del contrato de trabajo, nuestro Código reconoce, en distintas normas, la posibilidad de que el empleador o trabajador incurran en conductas que pueden producir un daño moral.

Ciertamente, recordemos al efecto lo dispuesto en el ya transcrito número 1 del artículo 160 del código en materia de término de contrato.

Igualmente, debe repararse en tres normas existentes sobre prácticas desleales o antisindicales, a saber, los ya referidos artículo 291 en su letra a), artículo 387 letra d) y artículo 388 en sus letras b) y c).

E igualmente indicamos que el artículo 292 obliga al juez a disponer que se subsanen o enmienden los actos que constituyen prácticas desleales, lo que reconoce implícitamente la posibilidad de reparar el daño moral mediante una indemnización.

3.3. Naturaleza contractual de la indemnización del daño moral ocasionado por despido abusivo. Competencia y procedimiento.

Como ya se señaló en el capítulo precedente la interpretación tradicional de nuestros Tribunales de Justicia y de la doctrina es distinguir entre un régimen de responsabilidad contractual y otro extracontractual, incompatibles entre sí.

Determinar a cuál de estos dos ámbitos de la responsabilidad, contractual o extracontractual pertenece la indemnización del daño moral ocasionado por un despido abusivo tiene mucha importancia pues, como ya se ha señalado, tanto la doctrina como la jurisprudencia son reacias a aceptar la procedencia de reparar el perjuicio extrapatrimonial en sede contractual.

Asimismo, es relevante para determinar que tribunales serán competentes para conocer de un caso concreto.

Procederemos ahora a ver las dos líneas doctrinales que existen al respecto, esto es, la teoría aquiliana y la contractual.

Tesis extracontractual.

Para esta parte de la doctrina no basta que el daño se produzca con ocasión de la prestación de servicios y entre las partes del contrato de trabajo para que de ello se concluya inmediatamente que la responsabilidad es de índole contractual.

Señalan que es preciso demostrar que dicho daño es la consecuencia de una infracción de las obligaciones y deberes que imponen a las partes de la relación de trabajo, la ley y el contrato.

Argumentan que éstos deberes y obligaciones no pueden multiplicarse *ad infinitum*, su límite viene dado por la propia naturaleza de la prestación. Deben tener cierta especificidad que permita identificarlas como obligaciones propiamente laborales. Ciertamente, el empleador debe abstenerse de injuriar, calumniar, lesionar o matar a su empleado, pero que este deber no emana de la relación de trabajo, sino que más bien es un deber impuesto a toda persona por el ordenamiento jurídico general y cuya infracción dará lugar a un delito o cuasidelito, según sea una actuación dolosa o culposa.

Señalan que, debido a que el perjuicio moral se produce por el término de la relación contractual, se debe concluir que éste perjuicio es de carácter extracontractual, ya que ése despido injustificado es lo que produce detrimento, menoscabo, dolor o molestia al trabajador.¹²¹

¹²¹ Salgado Pérez, Gabriela, Deberes y derechos del empleador y del trabajador, ponencia presentada en el IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 1998, p. 176 y sgtes.

Sostienen además que en el Código del Trabajo el empleador tiene completa libertad para poner término a la relación de trabajo. Y la legislación protege esta decisión ya que una vez concretada materialmente la separación, una vez producido el despido, tal acto se torna inamovible, inatacable por el trabajador en su efecto más radical, cual es el término del vínculo laboral.

El despido extingue irrevocablemente la relación laboral, aunque el empleador no se ajuste a ninguna de las formalidades que prescribe la ley, el despido es siempre válido.¹²²

Y, por tanto, los daños que con posterioridad al despido se produzcan tienen carácter extracontractual.

Por último, dan razones de orden práctico toda vez que la reparación del daño moral contractual no logra ser aceptada por sectores importantes de nuestra doctrina y, más importante aun, por la mayoría de la jurisprudencia.

Tesis contractual.

La mayoría de los autores que han tratado el tema en Chile sostienen que se trataría de responsabilidad contractual.

De esta opinión es el profesor Fueyo para quien el contrato de trabajo “pone en juego la dignidad de la persona humana, siguiéndose de este antecedente que cualquier lesión que a ella se cause en el funcionamiento del contrato debe ser considerada como una violación del deber contractual y así lo reconoce la ley cuando dispone que será causal de caducidad del contrato “las injurias, maltrato a la seguridad personal, al honor o a los intereses de la otra”.¹²³

¹²² Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 162 del Código del Trabajo, modificado por la ley 19.630 del año 1.999 que instauró en nuestro sistema jurídico laboral la llamada acción de nulidad del despido.

¹²³ Citado por Tomasello Hart, Leslie. Op. cit. en nota N° 98. p. 281.

Tomasello es de la misma idea, así señala “¿Podríamos decir que estas indemnizaciones establecidas por la ley impiden que el dependiente... demandara la correspondiente indemnización por el daño moral que se le ha ocasionado al imputársele falsamente estas causales de terminación del contrato de trabajo (falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave)? A nosotros nos parece evidentemente que no, porque ellas sólo atienden al daño material ocasionado y que se ha traducido, precisamente, en no percibir las correspondientes remuneraciones por el trabajo que debió seguir desempeñando. Nada impide, entonces que este trabajador demandara la correspondiente indemnización por los daños morales que se le han ocasionado, lo cual, por lo demás, parece reconocerlo la propia ley, cuando expresa, en la parte final del inciso 2 del artículo 8, después de establecer la sanción en que incurre el empleador si es rebelde en la reincorporación del trabajador, que “esta indemnización es sin perjuicio de cualesquier otros beneficios o indemnizaciones que las leyes o contratos otorguen al trabajador”, y entre esos beneficios otorgados por las leyes tenemos el que se deben reparar todos los daños causados injustamente. Tendríamos, por lo tanto, un caso de daño moral que debería ser objeto de la correspondiente indemnización y, en nuestro concepto, este daño moral es contractual y la indemnización debería regirse por las reglas de la responsabilidad contractual, pues no cabe ninguna duda que el daño moral ha sido ocasionado por una infracción a las reglas que rigen el contrato de trabajo en lo que se refiere a su terminación”.¹²⁴

Otro de los autores que siguen esta corriente doctrinal es Añez Rea, quien señala que “el daño moral ocasionado por el despido abusivo encuentra su base de responsabilidad en el contrato de trabajo ya que ha

¹²⁴ Tomasello Hart, Leslie, op. cit. en nota N° 98. p. 291. Debemos señalar que el párrafo citado fue escrito

infringido las obligaciones impuestas en el mismo”, debemos agregar a este argumento, sean éstas expresas o implícitas.¹²⁵

En la misma línea argumental se encuentra Gamonal Contreras,¹²⁶ quien señala que una norma fundamental para determinar el alcance de los contratos de trabajo es el tantas veces citado artículo 1.546 del Código Civil al ordenar que los contratos se ejecuten de buena fe, no limitándolos a su tenor literal, sino a todas aquellas obligaciones derivadas de su naturaleza, de la ley o la costumbre.

Lo anterior es de gran importancia si se considera la naturaleza del contrato de trabajo, la subordinación que su ejecución implica respecto del trabajador y el carácter personal de los servicios, lo que implica que el trabajador se encuentre en natural desventaja frente al empleador.

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

Por nuestra parte, pensamos que la indemnización del daño moral ocasionado por un despido abusivo es de naturaleza contractual, ya que el contrato de trabajo no se limita a un contenido meramente patrimonial sino que además tiene un vital contenido ético jurídico.

Creemos que el daño moral por término del contrato de trabajo ocasionado por un despido abusivo es producto de un hecho que transgrede las obligaciones contractuales que configuran el contenido ético jurídico del contrato de trabajo, reconocido en nuestro Código, siendo indiferente que los efectos del daño puedan percibirse cuando el contrato ya no está vigente.

bajo la vigencia de la Ley 16.455 de 1.966 pero para estos efectos mantiene su validez.

¹²⁵ Añez Rea, Walter. Op. cit. en nota N° 72. p. 57.

¹²⁶ Gamonal Contreras, Sergio. Op. cit en nota N° 62. p. 65 y sgtes.

Competencia y procedimiento.

La competencia de los tribunales que conozcan de eventuales acciones que persigan la reparación del daño moral causado en sede laboral dependerá de sí consideramos que esta acción es de naturaleza contractual o aquiliana, criterio básico que también tendrá sustantiva influencia en cuanto a los plazos de prescripción de dicha acción y el procedimiento que resulte aplicable.

En efecto, si consideramos que el daño moral ocasionado por un despido abusivo encuentra su base de responsabilidad en el contrato de trabajo -ya que se han infringido las obligaciones impuestas por el contenido ético jurídico del mismo- cabe sostener que los Tribunales llamados a conocer la controversia de que se trate deberán ser los de Letras del Trabajo, por quedar comprendida esta materia en la letra a) del artículo 420 del Código del Trabajo, que expresa que serán de competencia de estos juzgados las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la *interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo* o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral.

Y en conformidad al artículo 422 del mismo cuerpo legal, serán relativamente competentes para conocer de estos litigios tanto el Juzgado de Letras del Trabajo del domicilio del demandado como el del lugar donde se hayan prestado los servicios, a elección del demandante.

Cabe señalar que en las comunas que no sean territorio jurisdiccional de los Juzgados de Letras del Trabajo conocerán de estas acciones los Juzgados de Letras en lo Civil.

Siguiendo con el desarrollo de esta postura, el plazo de *prescripción* de la referida acción se encuentra regulado por el artículo 480 del Código del Trabajo, cuyos dos primeros incisos establecen que:

“Los derechos regidos por este Código prescribirán en el plazo de dos años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles”.

“En todo caso, las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere este Código prescribirán en seis meses contados desde la terminación de los servicios”.

Frente a esta norma se nos presenta la duda si resulta aplicable el inciso primero del artículo citado, con el cual esta acción prescribiría en dos años contados desde que se hizo exigible la indemnización, o el inciso segundo por el cual la acción se entenderá prescrita transcurridos que sean seis meses desde la terminación de los servicios.

Concordando con Añez Rea,¹²⁷ sostenemos que el plazo de prescripción de esta acción es el general de dos años. Ciertamente, el daño moral causado por el término abusivo de un contrato de trabajo no proviene directamente de un *acto -jurídico- o contrato* a que se refiera el Código -en los términos del inciso segundo de la norma citada- sino que emana directamente de un *hecho jurídico* cometido por del empleador el que, por enmarcarse dentro de una relación laboral y por vulnerar obligaciones inherentes al contrato de *trabajo*, adquiere una connotación contractual.

El *procedimiento* aplicable al caso concreto dependerá de la valuación de los perjuicios realizada por el actor en la demanda. En efecto, si el demandante valúa sus perjuicios morales en una suma que no exceda de cuatro ingresos mínimos mensuales podrá optar, en conformidad al artículo 459 del Código del ramo, por el procedimiento laboral de menor cuantía o por el ordinario laboral.

En caso de que la valuación de los perjuicios realizada por el actor sea igual o superior a cuatro ingresos mínimos mensuales deberá seguirse

¹²⁷ Añez Rea, Walter. Op. cit. en nota N° 72, p. 53.

el procedimiento ordinario laboral tratado en los artículos 439 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Por otra parte, para los que siguen la tesis de que la reparación del daño moral causado por un término abusivo de la relación laboral debe buscarse en *sede aquiliana*, no cabe sino concluir que esta acción tendrá como tribunal naturalmente llamado a conocer del asunto el Juzgado de Letras en lo Civil o el Juzgado de Letras de competencia común en aquellas comunas en que no exista un tribunal especializado.

Y dada la carencia de una norma especial, será relativamente competente el tribunal correspondiente al del domicilio del demandado, en conformidad a la regla general sentada por el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales.

Esta acción *prescribirá* en el plazo de cuatro años contados desde la perpetración del acto que causa el detrimento moral, según lo prescrito por el artículo 2.332 de nuestro Código Civil.

Y en cuanto al *procedimiento*, debemos estarnos a las normas generales establecidas en el Código de Enjuiciamiento. Así, dependiendo de la cuantía de lo demandado podrá seguirse el procedimiento ordinario de que trata el Libro Segundo de aquel Código o el procedimiento de menor o mínima cuantía tratado en los artículos 698 y 703 del mismo cuerpo legal.

3.4. Jurisprudencia.

- Sentencia de la Corte Suprema de fecha 3 de julio de 1.951.¹²⁸ Se refiere a una indemnización de daño moral por hechos que han repercutido en la actividad de trabajo y, por tanto, en las facultades económicas de la persona afectada. Esta sentencia es la primera que

¹²⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 48, sección 1ª, p. 252.

dicta la Corte Suprema aceptando la indemnización de daño moral en materia contractual; pero en sus considerandos sobre el daño incluye la trascendencia económica, en lo cual –a juicio de Fueyo-¹²⁹ le resta pureza y efecto indemnizatorio al daño moral, puesto que el fallo expresa que el daño moral afecta la psiquis, exteriorizándose en una depresión, en un complejo, en una angustia constante y permanente que repercute en la actividad de trabajo, y por ende, en las facultades económicas de la persona afectada.

- Sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de agosto de 1.984.¹³⁰ En ésta conoce un recurso de queja sobre indemnización por invocación maliciosa de causal de caducidad del contrato de trabajo. Al respecto la doctrina indica que la invocación de forma maliciosa de la causal de caducidad es requisito esencial para que proceda la indemnización de perjuicios por daño moral, tal como lo establece el artículo 19, inciso final, del Decreto Ley N° 2.200,¹³¹ por consiguiente debe probarse que la imputación de los hechos constitutivos de tal causal de caducidad haya sido formulada con malicia.

Es así que la Corte Suprema consideró que él solo mérito de existir sentencia absolutoria en relación con los hechos imputados –hurto- no era suficiente como para acreditar la invocación maliciosa de la causal; por lo tanto, acogió el recurso de queja, modificó la sentencia de alzada y revocó el fallo de primera instancia en cuanto éste otorgaba una indemnización por perjuicio moral, declarando no haber lugar a ella.

Cabe señalar que previamente la Corte de Apelaciones de Santiago, en cuanto a la Información sobre el recurso de queja, señaló que había

¹²⁹ Fueyo Laneri, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. 1ª Edición de 1.958. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (año 1.958), p. 374.

¹³⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 81, sección 3ª, p. 60 y sgtes.

¹³¹ Esta norma señalaba que “Si el empleador invocare maliciosamente la causal establecida en el N° 1 del artículo 14 o alguna de las causales a que se refiere el artículo 15, deberá indemnizar los perjuicios que ello irroque”.

confirmado la sentencia de primera instancia, pero asimismo había reducido el monto de la indemnización por considerarlo desproporcionado.

- Sentencia de primera instancia de fecha 31 de agosto de 1.987.¹³² Ésta decreta una indemnización de \$ 150.000 por concepto del daño moral provocado por la invocación maliciosa de la causal N° 1 del artículo 14 del Decreto Ley N° 2.200,¹³³ a causa de un supuesto hurto de materiales de propiedad del empleador que, a su vez, originó una querrela criminal un año después de ocurrido el despido. Resulta que el trabajador no fue declarado reo con relación al delito imputado y se concluyó entonces que el empleador actuó con culpa grave;¹³⁴ es así que el primero demandó indemnización de perjuicios provocados por la maliciosa invocación de la causal, ya que lo dañan y mortifican moralmente y menoscaban gravemente su imagen de trabajador honesto con posibilidades de obtener un nuevo empleo.

En fecha 12 de abril de 1988 la Corte Suprema confirma la sentencia de primer grado; sin embargo, se consideró excesivo el monto de la indemnización y se redujo a la suma de \$ 50.000. No obstante la decisión no fue unánime, ya que dos de los ministros estuvieron por desestimar íntegramente la indemnización cobrada, basándose en el artículo 19 del decreto Ley N° 2.200 ya que para ellos el empleador, frente a los hechos que se denunciaron y en definitiva no se probaron, no actuó maliciosamente al invocar la causal de falta de probidad para despedir al actor.

- Fallo de la Corte Suprema de fecha 4 de enero de 1.996. En esta sentencia se rechazó un recurso de casación en la forma y el fondo

¹³² Gaceta Jurídica, N° 94, año 1.988, p. 86.

¹³³ Este número contemplaba como causal de término de contrato de trabajo la falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada.

presentada por los representantes de una empresa comercial, sobre una indemnización de veinte millones por daño moral causado por una denuncia penal (apropiación indebida) infundada hacia una de sus empleadas en Iquique.

En el considerando 6.j. del fallo la Corte señala que se le produjo a la demandante un gran daño psicológico y un dolor moral profundo, dado el hecho de ser encarcelada, procesada, prontuaria y sindicada públicamente en un medio social pequeño, debiendo agregarse el dolor adicional de saberse inocente.

Asimismo, por estar procesada, fue rechazada en varios trabajos a los que aspiró, debiendo desempeñarse como empleada de casa particular y lavandera, socialmente consideradas de jerarquía inferior para una persona de posición social que antes era de situación más elevada, acostumbrada a trabajar como jefe de una empresa importante.

- Fallo de la Corte Suprema de fecha 12 de julio de 2.001.¹³⁵ En esta sentencia se acoge parcialmente un recurso de casación en el fondo interpuesto por el Banco del Desarrollo a fin de que se declare justificado un despido en el cual se aplicaron las causales N° 1 y 7 del artículo 160 del Código del Trabajo.

La Corte, en el considerando tercero del fallo de casación, establece que “en lo atinente al daño moral que le habría provocado al actor el hecho del despido y sus fundamentos, ha de considerarse que, habiendo establecido el legislador laboral indemnizaciones objetivas al efecto, aquél resulta improcedente en un juicio de esta naturaleza.”

¹³⁴ Recordemos que el artículo 44 del Código Civil señala que la culpa grave equivale al dolo.

¹³⁵ Publicado en la Revista Laboral Chilena, abril de 2.002, p. 61 y sgte.

- Fallo de la Corte Suprema de fecha 12 de julio de 2.001.¹³⁶En esta sentencia la Excelentísima Corte acogió un recurso de casación en la forma interpuesto en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que otorgaba una indemnización por daño moral.

La sentencia de reemplazo rechaza la procedencia en materia laboral de la indemnización por daño moral por estimar que la indemnización por años de servicios compensa la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente de trabajo, aún cuando tal sufrimiento no esté explícitamente contemplado por el legislador.

Sin embargo, el Ministro sr. Libedinsky precisó 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.

¹³⁶ Citado por Gamonal Contreras, Sergio en “El daño moral por término del contrato de trabajo: notas a una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema”, artículo publicado en la Revista Laboral Chilena, noviembre de 2.001, p. 74 y sgtes.

4. Conclusiones

Creemos que podemos extraer de esta Memoria de Prueba, a lo menos, las siguientes conclusiones:

- En el fenómeno de la terminación del contrato de trabajo se entremezclan múltiples factores jurídicos, económicos, humanos y hasta morales. Por ello, la normativa reguladora de esta materia nunca podrá obviar la esencial preocupación por la *dignidad de la persona humana* reemplazándola por la búsqueda desenfrenada del desarrollo económico.
- El referido fenómeno de la terminación de la convención laboral, y las indemnizaciones a que este da origen, ha evolucionado conjuntamente con el desarrollo económico del país favoreciéndose por el legislador la rigidez o flexibilidad del contrato de trabajo conforme la economía se encuentre en mejor o peor situación o conforme a la ideología política imperante en la época de que se trate.
- Nuestro ordenamiento jurídico laboral consagra actualmente un sistema de *libre despido atenuado* tanto por la exigencia de un plazo de preaviso como por la existencia –condicionada a la antigüedad– de la indemnización por años de servicio, la cual normalmente encarece el despido. Por regla general, la relación laboral se extingue por el acto del despido, a pesar de que este fuese injustificado o abusivo.
- Las causales de terminación de contrato de trabajo están taxativamente enumeradas en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo. Las normas sobre disolución de contratos de

derecho común se tornan inaplicables en todo cuanto contraríen el carácter proteccionista que informa a esta rama del derecho.

- Del análisis de las diversas causales de terminación de contrato de trabajo se desprende que algunas de ellas, por su sola invocación y dada su gravedad intrínseca, pueden llegar a ocasionar perjuicios morales al dependiente desvinculado.
- Salvo acuerdo de las partes en contrario, y a menos que el despido de que se trate sea judicialmente declarado como injustificado, indebido o improcedente, sólo procede el pago de la indemnización sustitutiva del preaviso y de la indemnización por años de servicios en caso de que la desvinculación se produzca por *necesidades de la empresa* o por *desahucio*, en su caso.
- La *indemnización convencional por años de servicios*, esto es, la que exceda el mínimo establecido por la ley o la que se pacte para el caso de aplicarse causales que no dan derecho legal a indemnización, queda incluida en el concepto de remuneración. No tiene, por tanto, carácter resarcitorio alguno.
- La *indemnización sustitutiva del preaviso* sólo responde a una elección del empleador frente a una obligación alternativa de origen legal. No es una indemnización cuya causa se encuentre en el quebrantamiento de una obligación legal de hacer. Así, tampoco tiene carácter reparatorio alguno.
- La *indemnización por años de servicios* sólo responde a una política económica con contenido laboral, cual es encarecer el despido para desincentivarlo. Carece de carácter reparatorio ya que su quantum no dice relación alguna con eventuales perjuicios sufridos por el dependiente sino que con situaciones ajenas a la producción o no de

un daño, como lo son la antigüedad en el empleo y la remuneración del trabajador.

- En caso de declararse un *despido como injustificado, indebido o improcedente* debe cancelarse por el empleador la indemnización sustitutiva del preaviso y la indemnización por años de servicio, esta última con ciertos recargos porcentuales dependiendo de la causal invocada. Las dos primeras mantienen su naturaleza jurídica original y los referidos *recargos porcentuales* aplicados sobre la indemnización por años de servicios sólo son una *sanción para el empleador* que no puede tener carácter reparatorio dado el carácter accesorio a una indemnización no lo tiene y dada la discriminación arbitraria que significa el privar de reparación a un trabajador con menos de un año de servicio.
- En caso de declararse un *despido como indirecto* el empleador tiene que pagar al dependiente autodesvinculado la indemnización sustitutiva del preaviso y la indemnización por años de servicios, esta última con ciertos recargos porcentuales variables con relación a la causal aplicada. Las indemnizaciones y los recargos porcentuales referidos mantienen la naturaleza jurídica ya indicada, careciendo todos ellos de carácter indemnizatorio en sentido estricto.
- En derecho común existe una tajante distinción entre responsabilidad contractual y aquiliana. Básicamente, la primera de ellas se traduce en la obligación del deudor de indemnizar al acreedor los perjuicios que le ha originado el incumplimiento, cumplimiento imperfecto o cumplimiento tardío de una obligación de origen contractual. En tanto, la responsabilidad extracontractual consiste en la obligación en que se encuentra el autor de un hecho ilícito -delito o cuasidelito civil- en orden a indemnizar los perjuicios

que su hecho ha ocasionado a la víctima, ya sea en su persona o propiedad.

- Esta tajante distinción formulada respecto de los regímenes de responsabilidad conduce a los distintos tratamientos jurídicos que les otorga nuestro ordenamiento y a que los presupuestos que deben concurrir para la aplicación de uno u otro sean distintos.
- Múltiples conceptos se han elaborado sobre daño moral. Sin embargo, deben privilegiarse aquellos que involucren la mayor cantidad posible de bienes o intereses cuyo atentado se ha de considerar constitutivo de perjuicio moral.
- La reparación del daño moral es ampliamente admitida en materia aquiliana, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. En tanto, en materia contractual su recepción es restringida, aunque creciente en virtud de la incongruencia resultante de resarcir completamente el daño moral en sede aquiliana y rechazar totalmente el mismo si este se produce en sede contractual.
- El contrato de trabajo no sólo limita su contenido al ámbito patrimonial, ya que tiene un profundo contenido moral con manifestaciones jurídicas que se conoce como contenido ético jurídico del contrato de trabajo. Este contenido obliga al respeto de la dignidad y persona del co - contratante y su infracción debe considerarse un incumplimiento contractual.
- Careciendo de carácter reparatorio las sumas de dinero pagaderas por término de contrato se abre una peligrosa puerta en orden a que se interponga un sinnúmero de acciones tendientes a reclamar, conforme las reglas generales de derecho común, el resarcimiento de los perjuicios -materiales o morales-efectivamente causados por un despido.

- Debido a ello, y a fin de evitar las nefastas consecuencias que esto podría acarrear, urge que el legislador regule esta materia estableciendo que las sumas de dinero pagaderas por término de contrato efectivamente tienen carácter de indemnización, la cual debe entenderse como reparatoria de todos los perjuicios de carácter patrimonial que el despido ocasione e incluso los morales provocados al dependiente producto de un despido, aun cuando este se considere como injustificado, indebido o improcedente en la medida que el empleador haya aplicado la causal de que se trate en forma errónea y/o de buena fe.
- La indemnización del daño moral adicional a la tarifada legalmente debe reservarse para las hipótesis en que exista un *abuso* del derecho a despedir con que cuenta el empleador, cuestión de hecho que deberá ser resuelta caso a caso por el Tribunal en atención a ciertos parámetros objetivos y a las circunstancias concomitantes al despido.
- En caso de no legislarse en la forma expuesta, necesariamente debemos concluir que procede el resarcimiento de *todo* perjuicio – material o moral- que el despido ocasione al dependiente.
- Indemnizar el daño moral originado por despido abusivo encuentra justificación tanto en la Constitución como en el Código del Trabajo.
- Dado que esta indemnización radica en la vulneración del contenido ético jurídico del contrato su naturaleza es contractual, siendo competente para conocer de estas acciones los Tribunales del Trabajo.

5. Bibliografía

- Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1993.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en derecho civil chileno*. Ediar ediciones Ltda., Santiago, año 1983.
- Añez Rea, Walter. "Procedencia de la indemnización del daño moral por despido abusivo en el derecho chileno". Tesis de grado para optar al título de Magister en derecho privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, año 1998.
- Barrera Ávila, Juan. *El procedimiento laboral en el nuevo Código del Trabajo*. Ediciones Jurídicas La Ley, tercera edición, Santiago, año 1993.
- Comisión de Estudios Laborales. *Código del Trabajo*. Concordancias, Comentarios, Jurisprudencia judicial, Jurisprudencia administrativa. Tomo I. 1ª edición de 1.999. Editorial Libromar Ltda., Valparaíso, (año 1.999).
- Darrigrande Silva, Jorge. *Las indemnizaciones laborales: historia de flexibilizaciones e inflexibilizaciones. ¿Adónde vamos?*, artículo publicado en la Revista Laboral Chilena, Santiago, noviembre de 2.000.
- Domínguez Aguila, Ramón. *Responsabilidad civil del empresario por el daño moral causado a sus trabajadores*, artículo publicado en cuaderno de extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Santiago, año 1.996.
- Domínguez Hidalgo, Carmen. *El daño moral*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, año 2.000.

- Farren Paredes, Raúl, *Terminación del contrato de trabajo*. 1ª edición de 1.988. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., Santiago, (año 1.988).
- Fueyo Laneri, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, año 1.958.
- Gamonal Contreras, Sergio. *El daño moral por término del contrato de trabajo*. Editrem S.A., Santiago, año 2.000.
- Gamonal Contreras, Sergio. *El daño moral por termino del contrato de trabajo: notas a una sentencia de la Excma. Corte Suprema*, artículo publicado en la Revista Laboral Chilena, Santiago, noviembre de 2.001.
- Halpern Montecino, Cecily y Humeres Noguera, Héctor. *Desnaturalización de la indemnización por años de servicio*, artículo aparecido en la Revista Laboral Chilena, Santiago, diciembre de 2.000.
- Humeres Magnan, Héctor y Humeres Noguera, Héctor. *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Editorial Jurídica de Chile, decimoquinta edición, Santiago, año 1.997.
- Melis Valencia, Christian y Sáez Carlier, Felipe. *Derecho del trabajo*. Tomo I. Editorial Jurídica Conosur, primera edición, Santiago, año 2.000.
- Nadal Serri, Daniel. *El despido en el Código del Trabajo*. Tomo I. 1ª edición de 1.988. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., Santiago, (año 1.988).
- Palavecino Cáceres, Adriana y Salgado Pérez, Gabriela. "La indemnización del daño moral por despido injustificado". Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad De Chile, Santiago, año 1.999.

- Palavecino Cáceres, Claudio. “El daño moral por despido”, artículo publicado en Revista Laboral Chilena, Santiago, septiembre- octubre de 2.000.
- Panes Viveros, Marisol. “La responsabilidad civil por daño moral derivado del contrato de trabajo y del contrato de transporte”. Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Concepción, año 1.998.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Manual de derecho constitucional*. Tomo I, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda, Santiago, año 1987.
- Pizarro, Ramón. *Daño moral. Prevención, reparación, punición*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 1.996.
- Stiglitz, Gabriel y Gandolfo, Ana. *Resarcimiento Del Daño Moral. Civil, comercial y laboral*. 1ª edición de 1.999. Editorial Juris, Buenos Aires, (año 1999).
- Thayer Arteaga, William. *Introducción al derecho del trabajo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª edición de 1.984.
- Thayer Morel, Luis. “Las indemnizaciones por años de servicio” artículo publicado en la Revista Laboral chilena, Santiago, noviembre de 2000.
- Tomasello Hart, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. 1ª edición de 1.969. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (año 1969).
- Vivanco Cisternas, Manuel. *El despido laboral*. 1ª edición de 1.994. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (año 1994).