

EL DAÑO MORAL POR TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO*

Sergio Gamonal Contreras**

1 – EL DAÑO MORAL: NOCIÓN ELEMENTAL

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

Uno de los temas fundamentales en el moderno derecho civil ha sido la reparación del daño moral, tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual.

La reparación de este tipo de daño en el derecho ha evolucionado, desde una aceptación del resarcimiento de las consecuencias pecuniarias del daño extrapatrimonial, en materia extracontractual, denominado “daño moral impropio”; admitiéndose, en una segunda etapa, el resarcimiento del “daño moral puro” en la responsabilidad aquiliana; entendido como aquel perjuicio que no afecta ni aún indirectamente al patrimonio de la víctima para, finalmente, aceptar el principio de la plena resarcibilidad del daño moral en todo tipo de responsabilidad¹.

* Las ideas expuestas en este trabajo han sido formuladas, en parte importante, por el autor en sus libros: *El Daño Moral por Término del Contrato de Trabajo*, Santiago, Editrem, 2000 (disponible, además, en la dirección: www.unicz.it/lavoro/AL_NEWS.htm); y en *Daño moral en el contrato de trabajo*, Santiago, LexisNexis, 2005.

** *Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago y Viña del Mar, Chile. Director de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

1 Domínguez Hidalgo, Carmen, “La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1, p. 31. En el derecho uruguayo, Carnelli distingue tres etapas jurisprudenciales respecto de la reparación del daño moral, desde su irreparabilidad, pasando por la aceptación de su reparación cuando se producían daños patrimoniales y reconociéndose, finalmente, el daño moral puro como daño resarcible. Sobre el particular, consultar Venturini, Beatriz, *El daño moral*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992, p. 67.

Arturo Alessandri Rogríguez definía el daño como “todo detrimento, perjuicio o menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”², agregando que el “daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.”³.

En una concepción más amplia, el profesor Ramón Domínguez Aguila nos dice que el daño “implica la privación de algún bien, de un derecho o la alteración de alguna situación jurídica o lesión de un interés, presente o futuro.”⁴.

En cuanto al daño moral, existen diversas opiniones respecto de su definición.

En un primer término se planteó una “noción por exclusión” que postulaba que el daño moral era todo detrimento que no podía ser considerado como daño patrimonial⁵.

Una segunda postura hace equivalente el daño moral al *pretium doloris* definiéndolo como el “sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de la persona”⁶. Esta es la doctrina mayoritaria en la jurisprudencia de nuestro país.

Otra concepción se basa en la naturaleza de los derechos lesionados, conceptuando al daño moral como aquel que lesiona los derechos personalísimos o de la personalidad⁷. En esta línea pero con una definición más amplia que la anterior, se ha postulado que el daño moral es aquel que “consiste en una lesión a un derecho extrapatrimonial”⁸.

Por último, una cuarta noción se centra en la naturaleza del interés lesionado y en la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado, definiendo

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

3 *Ibidem*.

4 Domínguez Aguila, Ramón, “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año LVIII, N° 188, julio/diciembre de 1990, p. 125.

5 Pizarro, Ramón Daniel, *Daño moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, p. 36. Sobre el mismo punto, ver también Venturini, , op. cit., p. 22.

6 Diez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 82.

7 Venturini, Beatriz, op. cit., p. 24.

8 Pizarro, op. cit., p. 38.

el daño moral como “el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el evento dañoso”⁹. Para esta tesis la diferencia entre el perjuicio material y el moral se fundamenta en la distinta naturaleza de los intereses lesionados, patrimoniales en el material y extrapatrimoniales en el moral¹⁰.

En nuestra doctrina, el daño moral ha sido definido por Diez Schwerter como “la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima”, que son aquellos que afectan “a la persona y lo que tiene la persona pero es insustituible por un valor en moneda, desde que no se puede medir con ese elemento de cambio”¹¹.

Por su parte, Carmen Domínguez lo conceptúa como “todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente.”¹², y Fueyo Laneri lo define como “aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de la relación en su etapa precontractual, siempre que se afecte a la persona o se vulnere un bien o derecho de la personalidad, o un derecho de familia propiamente tal.”¹³.

2 – DAÑO MORAL EXTRA CONTRACTUAL Y CONTRACTUAL

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

De Cupis señala que el daño contractual se general por el incumplimiento de una “obligación”¹⁴, a diferencia del extracontractual, producido por un hecho humano distinto del incumplimiento de una obligación¹⁵.

En nuestro país, el legislador ha establecido importantes diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. La responsabilidad

9 Zannoni citado por Venturini, Beatriz, op. cit., p. 23.

10 Diez Schwerter, op. cit., p. 88.

11 Diez Schwerter, op. cit., p. 88.

12 Domínguez Hidalgo, Carmen, op. cit., p. 43.

13 Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 68.

14 De Cupis, Adriano, *El daño*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 133.

15 De Cupis, op. cit., p. 136.

contractual se contempla en el Título XII del Libro IV del Código Civil, artículos 1545 y siguientes, en el efecto de las obligaciones; y la delictual o cuasidelictual en el Título XXXV del referido Libro, artículos 2314 y siguientes.

Siguiendo al profesor Alessandri Rodríguez¹⁶ es posible señalar las siguientes diferencias principales entre ambas responsabilidades:

- 1) En cuanto a la culpa, en materia contractual se distingue entre culpa lata o grave, leve y levisima, a diferencia de lo que ocurre en materia delictual y cuasidelictual, donde la culpa no admite graduación y, por ende, toda falta de diligencia o de cuidado engendra responsabilidad, por levisima que sea;
- 2) Respecto de la mora, en asuntos delictuales o cuasidelictuales no es necesaria la constitución en mora, como ocurre en materia contractual con las obligaciones de dar y hacer;
- 3) En cuanto a la extensión de la reparación, en materia delictual y cuasidelictual la reparación es completa, comprensiva de todo daño, a diferencia de la contractual en la cual se responde de los perjuicios directos que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, salvo que haya dolo, caso en el cual también se responde por los perjuicios directos imprevistos¹⁷;
- 4) La solidaridad en materia contractual debe estipularse expresamente a menos que la disponga la ley, a diferencia de un delito y cuasidelito cometido por dos o más personas, toda vez que cada una responderá del perjuicio causado;
- 5) Respecto de la prescripción, ésta será de cuatro años desde la perpetración del delito o cuasidelito, en contraste con la responsabilidad contractual en la cual la regla general es cinco años salvo que la ley establezca un plazo menor, contabilizados desde la celebración del acto o contrato, y
- 6) Quizás la diferencia más trascendente dice relación con el peso de la prueba. En efecto, en la responsabilidad contractual el acreedor sólo

16 Alessandri, op. cit., pp. 46 y ss. Por su parte, Rodrigo Borcia Lehmann, en su artículo denominado “Algunas consideraciones sobre el principio de la responsabilidad”, en *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996, pp. 560 a 562, efectúa un breve paralelo entre ambos tipos de responsabilidad.

17 Desde la época de la obra del profesor Alessandri, en este punto, ha cambiado lo referente a la reparación del daño moral.

debe probar la existencia de la obligación, sin que sea necesario demostrar que su incumplimiento proviene de la culpa del deudor, la cual queda acreditada por el solo hecho del incumplimiento¹⁸. En estos casos, es el deudor quien deberá probar que el incumplimiento de la obligación no le es imputable. Por el contrario, en materia delictual y cuasidelictual, es la víctima quien debe probar el hecho doloso o culpable que imputa al demandado, salvo que la ley presuma la culpabilidad de éste.

La reparación del daño moral extracontractual fue acogida por primera vez en nuestra jurisprudencia en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 1907¹⁹, encontrándose, posteriormente, en una sentencia de 1922²⁰, la primera fundamentación detallada acerca de la reparación del daño moral extracontractual²¹.

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

Como explica Carmen Domínguez, han existido tres fundamentos para negar la reparación del daño moral contractual²²: El primero basado en el “dogma de la patrimonialidad de la prestación”, por el cual se postula que el contenido de la obligación siempre es de naturaleza económica, lo que impide que existan obligaciones con una prestación no patrimonial que puedan implicar el tener que resarcir perjuicios no económicos por su incumplimiento.

La segunda fundamentación se basa en que la reparación del daño moral se encuentra excluida por el propio tenor de las normas destinadas a regular la indemnización del daño contractual. Esta tesis ha sido especialmente trascendente en nuestro país, ya que los Tribunales la han sostenido hasta fecha reciente.

Sobre el particular, se ha interpretado restrictivamente el artículo 1556 del Código Civil que expresa, en su inciso primero, que “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de

18 Si el acreedor imputa dolo del deudor en materia contractual deberá probarlo, ya que el dolo no se presume, salvo en los casos previstos por la ley, art. 1459 del C.C.

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

20 Se trata del caso Vaccaro con The Chilean Electric Tramway and Ligth Cía. Ltda.

21 Diez Schwerter, op. cit., pp. 94 y 95.

22 Domínguez, Carmen, op. cit., pp. 46 a 50.

no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

Una tercera línea argumentativa se basa en la aparente imposibilidad de la reparación del daño moral, no susceptible de una apreciación pecuniaria exacta.

No obstante las razones anteriores, la tendencia mundial se orienta a la reparación del daño moral contractual. En esta materia, podemos distinguir países en los que, no existiendo referencia alguna en sus Códigos a la reparación del daño moral contractual, éste ha sido aceptado por la doctrina y la jurisprudencia en plenitud: Bélgica, Ecuador, España, Francia, Suiza, Uruguay y Venezuela, entre otros²³.

Otros Códigos en forma expresa acogen la reparación del daño moral contractual: Código del Líbano, del Perú, el nuevo Código Civil de Quebec y el Código Argentino²⁴.

Por último, se encuentran Códigos que restringen la reparación del daño moral a los casos expresamente previstos por ley: Alemania e Italia²⁵.

En Chile, Leslie Tomasello expone que existe una verdadera laguna del Derecho que es necesario integrar en materia de daño moral contractual. Sobre el particular, expresa que si se acepta la reparación del daño moral en materia delictual y cuasidelictual, no existen razones para adoptar una solución diferente en la responsabilidad contractual, ya que sus motivos y fundamentos son los mismos²⁶.

Este autor agrega que la carencia de una reglamentación específica, en nuestro Código Civil, no impide la indemnización del daño moral contractual, debiendo considerarse, además, que el legislador del Código sólo pensó en los daños materiales por la época de su redacción, ya que la legislación y doctrina vigentes no hacían referencia alguna al daño moral en el derecho contractual²⁷.

Complementa su razonamiento anterior en el hecho de que, en materia de obligaciones, el Código Civil no exige una “necesaria patrimonialidad de la

23 Sobre el particular consultar Pizarro, op. cit., p. 181 y Venturini, op. cit., pp. y 128 129.

24 Pizarro, op. cit., pp. 181 y 182.

25 Pizarro, op. cit., p. 182.

26 Tomasello Hart, Leslie, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 163.

27 Tomasello, op. cit., p. 164.

prestación”, como parece desprenderse del artículo 1545 de dicho cuerpo legal, sobre cláusula penal enorme respecto de obligaciones de valor inapreciable²⁸.

Por último, afirma que el Código no prohíbe la indemnización del daño moral contractual²⁹.

Fueyo Laneri, por su parte, postula la justicia de la reparación del daño moral en materia contractual, porque nuestra legislación no distingue entre daños morales y patrimoniales³⁰.

La jurisprudencia nacional, en forma excepcional, comenzó a aceptar la reparación del daño moral contractual en la década del cincuenta, respecto del contrato de transporte. Tampoco hubo dudas respecto del daño moral indemnizable por accidentes del trabajo, al tenor de lo establecido en la letra b) del artículo 69 de la ley N° 16.744, que dispone que “la víctima y demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral.”³¹.

Muchos años después, en 1984, encontramos una sentencia que acoge la reparación del daño moral contractual por la negativa injustificada de un banco a alzar una hipoteca³².

Posteriormente, el 20 de octubre de 1994, la Corte Suprema resuelve un recurso de casación en el fondo³³, determinando que la reparación del daño moral contractual no viola lo establecido en los artículos 1556 y 1558 del Código Civil. La Corte sostuvo que este primer artículo, al expresar que la

28 Ibídem.

29 Tomasello, op. cit., p. 166.

30 Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 375.

31 Domínguez Aguila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, “Daño moral en la responsabilidad contractual. Ausencia de norma excluyente de su reparación.”, Comentario de Jurisprudencia, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 196, año LXII, julio/diciembre de 1994, p. 156. Consultar, además, Domínguez Aguila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, “Responsabilidad contractual. Daño moral. Cúmulo de responsabilidades. Prueba del daño moral.”, Comentario de Jurisprudencia, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 193, año LXI, enero/junio de 1993, p. 160. Un comentario a las primeras sentencias sobre daño moral en el contrato de transportes, en Tomasello, op. cit., pp. 303 y ss.

32 Domínguez Aguila y Domínguez Benavente, op. cit., “Daño moral en la...”, p. 156.

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

indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye la reparación del daño meramente moral³⁴. Agrega que la ley no prohíbe la indemnización del daño moral fuera del ámbito delictual y cuasidelictual, y que los artículos 544, 539 y 1544 del Código Civil abren la puerta a esta clase de daños no patrimoniales en las relaciones de familia y en las convenciones³⁵. Sostiene el fallo que, aceptado el daño moral en materia extracontractual, no existe motivo para negarlo en el área contractual³⁶.

Finalmente, esta sentencia se refiere al artículo 2329, ubicado en el Título de los delitos y cuasidelitos, donde se establece que, “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”, el cual es citado por los recurrentes para afirmar que el legislador se cuidó de ampliar el concepto de lo que es resarcible, para no permitir en una interpretación amplia la reparación del daño moral, excluyendo así a las obligaciones contractuales³⁷. Al respecto, la Corte expresa que la citada norma no es lo suficientemente definitiva y categórica, que el Código Civil no se ha preocupado de definir con exactitud lo que entiende por perjuicio o por daño y que al examinar otros preceptos fuera del Título dedicado a los delitos y cuasidelitos, se hallan muchos de ellos que también usando términos amplios responsabilizan al deudor colocado en determinadas situaciones del pago de todo perjuicio, como son los artículos 1562, 1533, 1853, 1930, 1949, etc³⁸.

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

Inclusive, en materia de derechos del consumidor, la jurisprudencia antes de dicha norma había consagrado la reparación del daño moral. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en julio de 1995, en un fallo por discriminación por motivos de raza, expresa: “la parte demandada ha pretendido acreditar que la negativa a permitir el ingreso de la actora al Centro de Salud fue hecho con discreción y en términos no humillantes, mediante la testifical

34 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 6°, p. 660.

35 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 7°, p. 660.

36 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 8°, p. 660.

37 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 14°, p. 662.

38 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 15°, p. 662. Ver cita y comentario de esta fallo en Domínguez Aguila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, op. cit., “Daño moral en la...”, pp. 155 y ss. Otras sentencias recientes en esta materia, en Domínguez, Carmen, op. cit., p. 51.

rendida (...). Pero aun cuando se dé por probado que en la negativa se actuó con discreción, la ofensa existe por el hecho mismo de ser discriminada, lo que provoca la humillación y el dolor, de modo que no sirve para exculpar al demandado la alegación de no haberse actuado en forma adecuada, cuando se estaba cometiendo una violación a una norma legal.”³⁹.

3 – FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La indemnización del daño moral ha sido acogida como principio a nivel constitucional, dentro del proceso denominado “constitucionalización del derecho civil”⁴⁰, del cual nuestra Carta Fundamental no es una excepción.

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

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

Por otra parte, en el artículo 19 N° 24° inciso tercero, excluye en forma expresa la reparación del daño moral al disponer que el expropiado tiene derecho a la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado⁴¹.

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

39 Considerando 11, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XC, mayo-agosto de 1995, sección segunda, p. 82.

40 Diez Schwerter, op. cit., p. 102.

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

Diez Schwerter precisa las consecuencias de las normas anteriores, en orden a que la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales contemplados en la Constitución debe aceptarse en cualquier ámbito de la responsabilidad civil: precontractual, contractual y extracontractual. Agrega que, además, será procedente la acción de protección establecida en el artículo 20 de la Ley Fundamental, lo que, en la práctica, ha permitido reparar ciertos daños morales por medio de equivalentes no pecuniarios⁴².

Por su parte, Domínguez Aguila señala que nuestra Constitución consagra plenamente el “Principio de Reparación Integral del Daño”⁴³, tanto respecto del daño moral en los numerales 1º y 4º del artículo 19, como en lo referente al daño patrimonial en el numeral 24º del citado artículo⁴⁴.

Por último, debemos precisar que en la sentencia de 20 de octubre de 1994, citada en el párrafo anterior, la Corte Suprema fundamenta su decisión favorable a la indemnización de los daños morales contractuales por lo dispuesto en los numerales 1º y 4º del artículo 19 de la Ley Fundamental, en relación con lo señalado en el artículo 1º de la Constitución, en cuanto declara que “el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”⁴⁵.

Señala asimismo que la anterior concepción filosófica corresponde a una corriente de pensamiento universal, como se desprende de diversos acuerdos internacionales, como por ejemplo en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo 5º establece que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, reputación y a su vida privada y familiar”, y el Pacto de San José de Costa Rica que en su

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

43 Este principio implica que la indemnización debe comprender todo daño. Consultar en esta materia a Domínguez, Aguila, op. cit., “Consideraciones...”, p. 135.

44 Domínguez Aguila, op. cit., “Reparación del daño moral por...”, p. 441.

45 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 10º, pp. 660 y 661.

artículo 11 dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad⁴⁶.

En otra sentencia la Corte Suprema, el 24 de agosto de 1995, manifiesta que de la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales “no se agota, empero, en la legislación ordinaria sino que halla acogida también en la normativa suprema de la Constitución Política de la República, cuyo artículo 19 asegura el derecho a la integridad física y psíquica (Nº 1), el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia (Nº 4); bienes de excelencia e ideales por naturaleza que, al amparo del reconocimiento constitucional, deben recibir de parte de los órganos encargados de hacer operante el ordenamiento jurídico, que arranca su origen y validez en la Carta Fundamental, amplio resguardo y protección, incluido el resarcimiento pecuniario, cuando resultan afectados por actos que los lesionan y menoscaban.”⁴⁷.

Dicha sentencia agrega, además, que: “Señaladamente explícito es, a este respecto, el acápite 7, letra i) del referido artículo 19, al asegurar a la persona que hubiera sido condenada o procesada mediante una decisión judicial que la Corte Suprema declara injustificadamente errónea o arbitraria, el derecho a una indemnización por parte del Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido.”⁴⁸.

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

4 – HIPÓTESIS DE DAÑO MORAL LABORAL

El daño moral en materia laboral puede darse en diversos supuestos, tanto en una etapa precontractual⁴⁹, de ejecución del contrato, al término del mismo y post contractual, generándose, según el caso, responsabilidad contractual o extracontractual.

46 Fallos del mes, Nº 431 de 1994, considerando 11º, p 661.

47 Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XCII, mayo-agosto de 1995, sección cuarta, considerando 21, p. 166.

48 *Ibidem*.

49 Vázquez Vialard, Antonio, *La responsabilidad en el derecho del trabajo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, op. cit., p. 756.

En la etapa precontractual, puede producirse un daño moral en el proceso de selección del trabajador, violentando su derecho a la intimidad si se le solicitan datos personales más allá de lo razonable o necesario para determinar su experiencia y capacidad. Asimismo, puede transgredirse su derecho a la vida privada indagando en su situación familiar, sus actividades de recreación, las actividades que realiza con su familia en el período de vacaciones, sus convicciones políticas, religiosas o sindicales. Lo mismo ocurre con las listas negras, que afectan y dañan el derecho a la imagen del trabajador⁵⁰.

En la etapa de ejecución del contrato nada impide que cuando se incumplen obligaciones, que no impliquen su término, pueda resarcirse el daño moral⁵¹.

Es un principio firme que el empleador no puede intervenir en la vida familiar, religiosa o política del trabajador, y que las libertades públicas tienen cierta proyección dentro de la empresa, consagrándose la denominada “ciudadanía en la empresa”⁵².

Existen muchas situaciones durante el desarrollo del contrato que pueden producir un daño moral, como ocurre con el uso abusivo del *jus variandi* o cuando se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, por las medidas de revisión y control que establezca la empresa⁵³.

Del mismo modo, puede afectarse la honra del trabajador cuando se le sanciona disciplinariamente en forma infundada, por ejemplo por falta de honradez, en virtud del poder de mando del empleador⁵⁴.

Producido un daño moral durante el contrato, procede pedir la reparación del daño y es factible también solicitar el cese de las acciones que continúan provocando sus efectos en el tiempo⁵⁵.

50 Un desarrollo más completo de los ejemplos citados en Süssekind, Arnaldo; Délio, Maranhão; Segadas, Vianna; y Lima, Texeira, *Instituições de Direito do Trabalho*, Vol. 1, Sao Paulo, LTR, 1997, pp. 631, 634, 635 y 639.

51 Pizarro, op. cit., pp. 606 y 607. Consultar Mangarelli, Cristina, *Daño moral en el derecho laboral*, Montevideo, Acali Editorial, 1984, pp. 66 y ss. y p. 94, y Mangarelli, Cristina, *Despido abusivo e incumplimiento contractual*, Montevideo, B de F, 1992, p. 17.

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

53 Respecto de la vulneración del derecho a la intimidad, consultar Lima, Texeira, en Süssekind, Arnaldo; Délio, Maranhão; Segadas, Vianna; y Lima, Texeira, *Instituições de Direito do Trabalho*, Vol. 1, Sao Paulo, LTR, 1997, p. 632.

54 En esta materia, ver lo señalado por Lima, Texeira, op. cit., p. 637.

55 Vázquez Vialard, op. cit., p. 766.

Además, durante la ejecución del contrato, puede producirse un accidente del trabajo o una enfermedad profesional, donde expresamente se contempla la reparación del daño moral, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 letra b) de la ley N° 16.744. Esta responsabilidad es de naturaleza contractual, en caso de que el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora, claramente deducida del deber de seguridad⁵⁶ que establece el artículo 184 del Código del Trabajo⁵⁷.

En cuanto a la indemnización del daño moral producido al término del contrato, nos remitimos a lo que diremos en los próximos apartados.

Por último, cabe agregar que en la etapa post contractual puede producirse un daño moral, por ejemplo, cuando el empleador injuria al trabajador durante el juicio por despido injustificado. En este caso la responsabilidad será extracontractual.

5 – TEORÍAS ACERCA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR TÉRMINO DEL CONTRATO

La naturaleza de la relación laboral y especialmente su contenido ético jurídico impone deberes cuya transgresión puede causar daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

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

Sin embargo, como analizaremos más adelante, existen situaciones en las cuales puede plantearse la necesidad de reparar el daño moral en nuestro

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

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

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

derecho: el despido injustificado que deriva en un despido abusivo, el despido abusivo contemplado en el art. 168 inc. 3º y el despido indirecto.

Respecto del despido antisindical, opinamos que la indemnización complementaria a la que puede optar el trabajador y cuyo monto es determinado por el juez, entre tres y once meses de remuneración⁵⁸, cubre los eventuales perjuicios del daño moral en dicho despido, a pesar de comprender cierta tarificación según el nivel de ingreso de la víctima.

Mangarelli precisa que no es indemnizable el daño moral por ruptura arbitraria del contrato de trabajo, salvo que se configure una hipótesis de despido especialmente injustificado⁵⁹.

Como la reparación adicional sólo puede admitirse en situaciones excepcionales y no en cualquier despido, Mangarelli y Castello señalan los siguientes criterios a fin de determinar si la entidad del daño moral amerita su indemnización⁶⁰:

- a) Si existen motivaciones antijurídicas, espurias o persecutorias;
- b) Si hay una especial intención de lesionar al trabajador;
- c) Si el comportamiento del empleador es particularmente antijurídico y vulnera intereses cautelados por el ordenamiento laboral.

Debemos precisar, además, que también es posible que sea el empleador quien sufra un daño moral por un incumplimiento del trabajador que infrinja el contrato, caso en el cual y en atención a su gravedad, será posible poner término a la relación de trabajo y reclamar la indemnización del daño moral. Por ejemplo, un trabajador también debería responder por el daño moral que por dolo o culpa ocasione a los bienes no patrimoniales del empleador, afectando la imagen o buen nombre de la empresa⁶¹.

Lo anterior procede incluso en el caso de que el empleador sea una persona jurídica, toda vez que éstas son titulares de algunos derechos

58 Desde el 1º de marzo del 2008 será entre 6 y 11 meses de remuneración (ley N° 20.087).

59 Mangarelli, op. cit., “Daño moral...”, p. 106.

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

61 Alvarez Chávez, Víctor Hugo, *Regímenes indemnizatorios del despido*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1988, p. 102.

extrapatrimoniales, tales como los derivados del nombre, del honor y secreto de sus negocios⁶².

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

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

Respecto de la posibilidad de acumular una indemnización por daño moral a la tarifada establecida por ley, se distinguen diversas opiniones en doctrina⁶³:

a) Teorías que rechazan la acumulación

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

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

62 Díez Schwerter, op. cit., p. 130.

63 Ver Mangarelli, op. cit., “Daño moral...”, pp. 73 a 97; Martorell, Ernesto E., *Indemnización del daño moral por despido*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª ed., 1994, pp. 145 y ss.; Vázquez Vialard, op. cit., pp. 718 y ss., y Pizarro op. cit., pp. 588 y ss.

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

b) Teorías que aceptan la acumulación

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

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

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

Américo Plá defiende la acumulación de las indemnizaciones debido a su distinta naturaleza. La indemnización por despido busca la reparación de los perjuicios por la pérdida del empleo, su cálculo se realiza en forma tarifada o forfaitaire sin consideración a los reales daños, debiendo cancelarse incluso cuando ni siquiera existe culpa por parte del empleador; a diferencia de la indemnización por daños y perjuicios, basada en un actuar objetable del empleador y que exige la prueba de los daños producidos⁶⁴.

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

Pizarro critica la tesis anterior ya que no se trata de diferenciar el despido de “actos diferentes del mismo que puedan producir daño moral”, sino de valorar la distinta repercusión que el despido produce en la esfera de intereses del perjudicado y sus respectivas consecuencias en el plano patrimonial y espiritual⁶⁵.

64 Citado por Mangarelli, op. cit., “Daño moral...”, p. 86.

65 Pizarro, op. cit., pp. 602 y 603.

Ackerman afirma que la finalidad de la indemnización tarifada es responder al incumplimiento del deber de respetar el derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, compensando sólo los daños materiales y morales que la referida violación contractual ocasione, lo cual impone la necesidad de reparar los otros daños que puedan producirse por incumplimientos contractuales, en forma independiente de la tarifa legal⁶⁶.

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

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

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

Para estudiar el daño moral por término del contrato de trabajo, cabe distinguir la situación actual de la que se existirá cuando entre en vigencia la ley n° 20.087, sobre nuevo procedimiento laboral, el 1° de marzo del 2008. Esta nueva ley consagra una figura especial: el despido atentatorio de derechos fundamentales. Por esto es que en este artículo distinguiremos ambas hipótesis para mayor claridad expositiva.

6 – PROCEDENCIA Y FUNDAMENTO (ANTES DEL 1° DE MARZO DEL 2007)

Por término de la relación laboral existen tres situaciones en las cuales puede plantearse la necesidad de reparar el daño moral: el despido injustificado que deriva en un despido abusivo, el despido abusivo expresamente contemplado en el Código del Trabajo (art. 168 inc. 3°) y el despido indirecto. Un cuarto caso es el del despido antisindical, al cual ya nos referimos anteriormente.

66 Citado por Mangarelli, op. cit., “Daño moral...”, p. 93.

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

En el despido abusivo considerado en la ley laboral, el empleador ha invocado ciertas causales de caducidad (disciplinarias por incumplimiento grave de obligaciones del contrato) de especial gravedad, como por ejemplo un robo, sin un motivo plausible para ello. Se trata de un abuso en el cual se vulnera la naturaleza del despido invocándose de mala fe una causal de máxima gravedad.

En el despido indirecto o autodespido, el empleador ha incurrido en ciertas causales de caducidad que facultan al trabajador para poner término al contrato. En estos casos será necesario establecer si la falta del empleador ha provocado un daño moral al trabajador, para determinar si procede la indemnización. Desde la vigencia de la ley N° 20.005, sobre acoso sexual, el legislador permite expresamente solicitar junto con las indemnizaciones laborales otras indemnizaciones (daño moral) cuando el despido indirecto del trabajador se basó en un acoso sexual o en una falta de probidad u honradez.

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

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

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

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

Barbagelata sostiene que para que sea indemnizable el daño moral por término de contrato de trabajo, debe tratarse de un daño moral distinto del “normal” que produce la ruptura abusiva del contrato⁶⁷. Las sensaciones de disgusto, ira, contrariedad, indignación, etc. del trabajador, no dan lugar por sí solas a la obligación de reparación⁶⁸.

Martorell señala como límite para la procedencia de la indemnización por daño moral por despido, el denominado “principio de la extraordinariedad”, esto es que la reparación del daño moral por ruptura abusiva del contrato de trabajo sea una situación excepcional, aplicable en limitadas ocasiones⁶⁹.

En efecto, para que podamos hablar de un derecho a reparación no basta que exista una aflicción, dolor o humillación, sino que debe haber un bien jurídico sobre el cual el afectado tiene un interés jurídicamente protegido⁷⁰. Carmen Domínguez señala a este respecto que: “La infracción del contrato supone siempre molestias o desagradados, pero ello no significa que éstos puedan y deban ser indemnizados como daño moral. Por el contrario, sólo debe ser resarcido por vía contractual el perjuicio extramatrimonial producido a resultas del incumplimiento y no ocasionalmente por él”⁷¹⁻⁷².

67 Citado por Mangarelli, op. cit., “Daño moral...”, p. 85.

68 Mangarelli y Castello, op. cit., p. 263.

69 Martorell, op. cit., pp. 214 y 215. Este principio se fundamenta en el carácter “cerrado” del sistema de indemnizaciones tarifadas laborales, que no permiten la aplicación de otras normas incluso en caso de que haya perjuicios no cubiertos en la tarifa legal, salvo que existan causas de verdadera gravedad, “cuya convalidación significaría la consagración judicial de la injusticia”. Por otra parte, la doctrina civil argentina ha precisado que “...el daño moral contractual no puede ser el efecto común en la psiquis de una frustración, un crédito no satisfecho, una deuda no saldada. Debe tener una particular entidad, gravedad o jerarquía. De ahí que deba ser probado; y que el juez tenga un gran margen en la apreciación sobre su responsabilidad. De lo contrario, todo incumplimiento, sea de la prestación que fuere, total o parcial, o mero retardo, o cumplimiento irregular, inoficioso o viciado, desencadenaría la responsabilidad por agravio moral. Y ello no es el fin querido, pues para compensar esos perjuicios está la indemnización del daño material. Así, con semejante amplitud, se convierte en un plus indemnizatorio, en una fuente de enriquecimiento. En un daño moral de pura ficción y no de realidad.” Mosset Iturraspe citado por Domínguez Hidalgo, Carmen, op. cit., “*El Daño ...*”, tomo 1, pp. 465 y 466.

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

71 Domínguez Hidalgo, Carmen, op. cit., “*El Daño ...*”, tomo 1, p. 355.

En el mismo sentido, Corral Talciani expone el principio de tolerancia del daño ínfimo, en el sentido de que la reparación integral del daño alude a un perjuicio que tenga cierta entidad mínima proporcional a la actividad que deberá realizarse para lograr su reparación. Este autor cita como ejemplos las relaciones de familia y de vecindad, donde el solo hecho del actuar humano implican cierto malestar o perjuicio inevitables. En materia de daño ambiental, el artículo 2º e) de la ley N° 19.300 establece que el daño que hace exigible la responsabilidad ambiental sea significativo. Cfr. Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 146 y 147.

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

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

La Carta Fundamental comprende el daño moral en sus arts. 19 N° 7° letra i) y 38⁷³.

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

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

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

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

Asimismo, el Pacto de San José de Costa Rica en sus arts. 4 y 5 reconoce el derecho a la vida y el derecho de todas las personas a la integridad física,

72 En esta material, cabe destacar que la jurisprudencia nacional ha hecho presente que una errónea interpretación del derecho en materia laboral no justifica una indemnización del daño moral. Cfr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica rol N° 9231 de 1° de diciembre de 2003, publicada en la *Revista Laboral Chilena*, febrero-marzo de 2005, N° 134, pp. 61 y ss.

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

psíquica y moral, y en el art. 11 establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

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

Tanto el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (Nº 1º), como el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia, son deberes especialmente contemplados y reforzados por el derecho laboral, integrantes del denominado contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, deducibles de diversas disposiciones del Código del ramo.

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

2) Como ya mencionamos, la ley Nº 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, estableció que el trabajador afectado por una falta de probidad o acoso sexual (art. 160 Nºs 1 y 2 del Código) podrá reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción por despido indirecto, las otras indemnizaciones a que tenga derecho (nuevo inciso segundo del art. 171). ¿Cuáles serán estas otras indemnizaciones? Las indemnizaciones por daño patrimonial y moral que correspondan.

Esta precepto reconoce en forma expresa la procedencia de indemnizaciones complementarias a las laborales por término de contrato, como es el caso del daño moral. Lo mismo ocurre en el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales de la ley Nº 20.087.

3) De argumentarse que las indemnizaciones laborales inhiben la posibilidad del pago de una indemnización adicional por daño moral, se violentaría un principio básico y esencial del derecho del trabajo: el principio protector, especialmente consagrado en nuestra Constitución Política al establecer la libertad de trabajo y su protección (art. 19 Nº 16º).

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

La naturaleza de dichas indemnizaciones obedece a los siguientes fines: establecer un premio a la fidelidad, constituir una especie de previsión y

asistencia social y promover la estabilidad en el empleo, reforzándose este último objetivo con el recargo en el caso del despido injustificado y estableciéndose una sanción (recargo de un 100%) al empleador que imputa ciertas causales especialmente delicadas, sin motivo plausible, en el caso del despido abusivo.

Por su parte, en el despido indirecto, la indemnización participa de las mismas finalidades ya descritas, fortaleciéndose el fomento a la estabilidad en el empleo con el recargo dispuesto en la ley (un mínimo de 50% hasta un 80%).

5) De postularse que las indemnizaciones comprendidas en el Código del Trabajo para el despido injustificado, abusivo e indirecto contemplan el eventual daño moral que dichas situaciones produzcan, nos encontraríamos ante situaciones ilógicas.

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

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

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

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

- 1) Que el término del contrato se produzca por un despido injustificado que derive en un despido abusivo; un despido abusivo o por un despido indirecto, y
- 2) Que exista un daño moral indemnizable, esto es de cierta entidad, distinto del que normalmente se produce por el término de la relación laboral.

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

Finalmente, cabe hacer presente que podría darse el caso de que un tribunal rechazare una demanda por despido injustificado o abusivo y que, no obstante, prosperare la indemnización por daño moral en la medida en que pueda probarse que ha existido un agravio moral grave en contra del trabajador⁷⁴.

7 – JURISPRUDENCIA

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

Desde la vigencia de la ley N° 19.010, de 1990, refundida en el Código del Trabajo de 1994 hoy vigente, son pocas las sentencias de daño moral por término de contrato de trabajo.

Un primer caso fue el sentenciado por la Corte de Apelaciones de Concepción, de 12 de diciembre de 1997, en la causa Florencio Céspedes Ortiz con Banco del Estado⁷⁵, por un despido por falta de probidad en el cual se le imputa al trabajador el haber usufructuado dineros provenientes de créditos otorgados por él, y el haber concedido créditos sin suficiente garantía.

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

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

74 Ferrari citado por Martorell, op. cit., p. 227.

75 Esta sentencia fue publicada en la Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° 2, Abril-Junio de 1998, pp. 431 y ss., oportunidad en la cual es comentada por el profesor Ramón Domínguez Aguila.

El Banco fue condenado por despido injustificado y la Corte opinó que las indemnizaciones laborales correspondientes no cubrían otros perjuicios causados al actor (considerando 4).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En otra causa de fecha 12 de julio de 2001⁷⁶, la Excm. Corte Suprema acogió un recurso de casación en la forma en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, por contener decisiones contradictorias al condenar por despido injustificado y ordenar el pago de las indemnizaciones propias de tal declaración y, al mismo tiempo, imponer el pago de las remuneraciones correspondientes a la duración del fuero, lo que presupone la nulidad del despido.

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

76 Comentada en Gamonal Contreras, Sergio, “El daño moral por término del contrato de trabajo: notas a una sentencia de la Excm. Corte Suprema”, *Revista Laboral Chilena*, N° 101, noviembre 2001, pp. 74 y ss.

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

Agrega el fallo que la indemnización por años de servicio busca una reparación del daño con carácter objetivo, sin conexión real con el efectivo perjuicio producido, presumiéndose que el mismo siempre se produce tanto en el campo laboral como afectivo inmaterial. En cuanto al importe de la indemnización, añade que no se ciñe a la valoración específica de los daños ocasionados, sino que alcanza un valor tasado y predeterminado por ley (considerando 12°).

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

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

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

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

de daño moral y, por el contrario, los demostrados no son distintos o mayores que los sufridos por cualquier empleado despedido injustificadamente.

Otra sentencia de interés es la del caso Ortega de la Cruz con Distribuidora de Materiales de Fijación S.A. (DIMAFI S.A.), en una demanda por despido injustificado en el Sexto Juzgado Laboral de Santiago (Rol L-1670-2000).

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

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

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

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

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

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

Además, se precisa que en certificado del 19º Juzgado del Crimen si bien se da cuenta de la querrela criminal contra el demandante, no se establece

la etapa en que se encuentra el juicio ni que se haya sometido a proceso o condenado al actor.

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

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

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

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

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

Por último, citaremos un cuarto caso con sentencia de término de la Corte Suprema de 24 de julio de 2003 (Nº de ingreso 1.726-02).

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

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

El demandante precisó que le fueron atribuidos delitos perseguibles de oficio pero falsos y que fue objeto de expresiones deshonrosas por parte de la

empresa, sin que se haya probado la veracidad de lo afirmado, obrando, a lo menos, culposamente.

La demandada citó el art. 2331 del Código Civil en el sentido de que las imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación. Agrega que la indemnización del daño moral procede sólo si el juez penal ha declarado previamente que las imputaciones fueron injuriosas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8 – EL DESPIDO ABUSIVO EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS DE LA LEI N° 20.087 (DESDE EL 1° DE MARZO DEL 2007)⁷⁷

En la nueva ley de procedimiento laboral, se consagra una figura especial de despido abusivo (art. 489) cuando es atentatorio de derechos fundamentales.

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

- a) A la vida, integridad física y psíquica, siempre que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral;
- b) Vida privada;
- c) Honra;
- d) Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada;
- e) Libertad de conciencia y culto;

77 Sobre el procedimiento de tutela, ver Gamonal Contreras, Sergio, *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, Santiago, LexisNexis, 2007.

- f) Libertad de opinión;
- g) Libertad de trabajo;
- h) Derecho a la no discriminación laboral.

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

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

Los efectos de este despido atentatorio de derechos fundamentales, serán los que siguen:

- a) El juez decretará el pago de la indemnización del inciso cuarto del art. 162 del preaviso;
- b) El juez decretará el pago de la indemnización del art. 163, de años de servicios;
- c) El juez decretará el pago de los recargos del art. 168;
- d) El juez fijará una indemnización adicional no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Por lo tanto, aceptado el despido atentatorio de derechos fundamentales el legislador lo considera injustificado según las reglas generales del art. 168, y además se sanciona al empleador con una indemnización extra con piso de seis y tope de once remuneraciones como máximo, y que es fijada incidentalmente por el juez laboral. Esta indemnización es por el daño material y moral causado al afectado, en especial por este último rubro dado que se trata de derechos fundamentales con una importante incidencia en los intereses extrapatrimoniales del trabajador. En total, por ejemplo, un trabajador con once

años de antigüedad despedido por la causal del art. 160 N° 1 que sea declarada carente de motivo plausible podría obtener una indemnización de 34 remuneraciones: 1 por el preaviso, 11 por años de servicio, 11 por el recargo en un 100% del art. 168 inciso segundo y 11 por la indemnización adicional.

Parte de la doctrina estima que la indemnización adicional es una indemnización sancionatoria y que, por ende, quedaría pendiente la indemnización del daño moral producido⁷⁸. Por el contrario, opinamos que esta indemnización no es una simple tarificación por antigüedad, sino que deja un margen de apreciación importante al juez de la causa, acerca del daño producido, especialmente el moral. De esta forma, el legislador fija un piso y un tope dentro del cual evaluar los daños, recogiendo la experiencia de otros países en los que se ha evaluado el daño moral laboral por medio de la tarifa legal por años de servicios. La norma del nuevo procedimiento, en nuestra consideración, supera el test de constitucionalidad y da seguridad jurídica al empleador.

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

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

El despido discriminatorio grave es un despido nulo y por ello el trabajador tiene la siguiente opción:

- a) Opción 1: reincorporarse a la empresa;

78 Ugarte Cataldo, José Luis, “La tutela de derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento”, Derecho Laboral, Tomo XLIX N° 221, Enero-Marzo 2006, Montevideo, p. 129.

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

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

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

9 – CONCLUSIONES

El daño moral en materia laboral constituye un importante complemento a las indemnizaciones tarifadas contempladas por el legislador.

Aunque es cierto que la tarifa es ventajosa, ya que exime de prueba al trabajador y permite al empleador conocer de antemano los costos del despido, hay casos excepcionales en los cuales debe ser complementada con una indemnización extra, de daño moral, según hemos postulados en el cuerpo de este trabajo.

Es en este sentido que deben entenderse las sentencias chilenas que hemos comentado y las enmiendas legales recientes (ley N° 20.087) que consagran el despido atentatorio de derechos fundamentales, adjuntando una indemnización especial entre 6 y 11 meses de remuneración. Consideramos que esta indemnización es por daño moral, y su base y tope fijan estándares al juez del trabajo con miras a hacer justicia sin por ello desequilibrar en demasía los costos del empleador, sobre todo de la pequeña y micro empresa.

Estimamos, finalmente, que esta evolución del derecho del trabajo chileno es muy importante y fortalece la tutela del trabajador.