



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social.

**EL DESPIDO INDIRECTO EN LA LEGISLACION
LABORAL CHILENA.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

Olga Francisca Barahona Estay.

Profesor guía: María Eugenia Montt Retamales

Santiago - Chile

2008

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCION	8
CAPITULO I. BREVE RESEÑA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SU	
TERMINACION.....	11
I. EL CONTRATO DE TRABAJO	11
1. Definición del Contrato de Trabajo.....	11
a. Definición legal.	11
b. Críticas a la definición legal de contrato de trabajo.	13
c. Definiciones doctrinales.	13
2. Características del contrato de trabajo.....	14
3. Contenido del contrato de trabajo.....	18
a. Clasificación Tradicional del contenido del contrato de trabajo.	19
i. Contenido Jurídico- Instrumental:	19
ii. Contenido patrimonial.	20
iii. Contenido Ético- jurídico.	21
b. Criticas a la clasificación tradicional del contenido del contrato de Trabajo.	23
II. LA TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO.	25
1. Concepto e importancia del la terminación del contrato de trabajo.....	25
2. Sistemas de terminación del contrato de trabajo	27
a. Libre despido.	27
b. Estabilidad en el empleo.	28
c. Inamovilidad.	29
3. Breve reseña de la terminación del contrato de trabajo en la legislación chilena.....	30
a. Periodo entre 1924 y 1966.	30
b. Periodo entre 1966 y 1973.	32
c. Periodo entre 1973 y 1991.	34
d. Periodo entre 1991 y 2001.	35
4. Causales de terminación del contrato de trabajo.	37
a. Doctrina nacional.....	37

b.	Doctrina comparada.....	40
CAPITULO II. EL DESPIDO INDIRECTO DENTRO DE LA TERMINACION		
	DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	46
I.	ORIGEN DEL DESPIDO INDIRECTO.....	46
II.	CONCEPTO DE DESPIDO INDIRECTO.....	47
1.	Definiciones legales y doctrinarias.....	47
2.	Concepto adoptado en este trabajo y elementos del despido indirecto.....	48
III.	NATURALEZA JURIDICA Y FUNDAMENTO DEL DESPIDO INDIRECTO.....	50
1.	Naturaleza jurídica del despido indirecto.....	50
2.	Fundamento del despido indirecto.....	58
IV.	CARACTERISTICAS DEL DESPIDO INDIRECTO.....	61
V.	EVOLUCION HISTORICA DEL DESPIDO INDIRECTO EN LA LEGISLACION CHILENA.....	63
1.	El despido indirecto antes de la ley 16.455 de 1966.....	64
2.	El despido indirecto en la ley 16.455 de 1966.....	66
a.	Regulación.....	66
b.	Observaciones al despido indirecto en la ley 16.455:.....	68
3.	El despido indirecto en el Decreto Ley 2.200 de 1978.....	70
a.	Regulación.....	70
b.	Observaciones al despido indirecto en el DL 2.200:.....	73
4.	El despido indirecto en el la ley 19.010 de 1991.....	76
a.	Regulación.....	76
b.	Observaciones al despido indirecto en la Ley 19.010:.....	77
5.	El despido indirecto en el la ley 19.759 de 2001.....	80
6.	El despido indirecto en el la ley 20.005 de 2005.....	80
CAPITULO III. REQUISITOS O ELEMENTOS DEL DESPIDO INDIRECTO.....		
I.	REQUISITOS DE FONDO DEL DESPIDO INDIRECTO.....	82
1.	La voluntad del trabajador de poner término a la relación laboral:.....	82
2.	Causales habilitantes del despido indirecto.....	85
a.	Conductas indebidas y graves señaladas por ley:.....	85
i.	Aspectos relevantes y comunes para todas ellas:.....	86
ii.	Conductas graves e indebidas en particular.....	87

(a)	Falta de probidad.....	87
(b)	Acoso sexual.....	90
(c)	Vías de hecho.....	94
(d)	Injurias.....	94
(e)	Conducta inmoral.....	95
b.	Causal N° 5 del artículo 160°.....	96
c.	Causal N° 7 del artículo 160: Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.....	100
i.	Planteamiento.....	100
ii.	Circunstancias que constituyen un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo.....	101
(a)	El retraso o la falta de pago de la remuneración pactada.....	102
(b)	El retraso o la falta de pago de las cotizaciones previsionales.....	105
(c)	El retraso o la falta de pago de bonificaciones pactadas no constitutivas de remuneración.....	107
(d)	Transgresión por parte del empleador de los límites establecidos respecto a la facultad jurídica de mando.....	108
(e)	La falta de ocupación efectiva y adecuada del trabajador.....	113
(f)	Incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la prevención, investigación y sanción del acoso sexual.....	116
II.	REQUISITOS DE FORMA DEL DESPIDO INDIRECTO.....	124
1.	Etapa administrativa.....	125
2.	Etapa judicial.....	127
a.	Plazo para interponer la demanda judicial.....	128
b.	Tribunal competente para conocer la demanda de despido indirecto.....	130
c.	Procedimiento judicial propiamente tal.....	130
	CAPITULO IV. EFECTOS DEL DESPIDO INDIRECTO.....	134
I.	TERMINO DEL LA RELACION LABORAL.....	134

1.	La terminación del contrato de trabajo no requiere de declaración judicial	134
2.	Término de la relación laboral por despido indirecto o por renuncia del trabajador	135
II.	PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO INDIRECTO.	136
1.	Generalidades de las indemnizaciones por término del contrato de trabajo.....	138
2.	Indemnizaciones que corresponden por despido indirecto.	141
a.	Indemnización por falta de aviso previo o sustitutiva del aviso previo.....	142
b.	Indemnización por años de servicio.....	143
c.	Recargos a la indemnización por años de servicio.....	145
d.	Indemnización por daño moral:.....	145
i.	Concepto de daño moral.....	146
ii.	Procedencia de la indemnización del daño moral en la terminación del contrato de trabajo.....	146
(a)	Procede la indemnización del daño moral en caso de terminación del contrato de trabajo.	147
(b)	No procede la indemnización del daño moral en caso de terminación del contrato de trabajo.....	149
iii.	Responsabilidad contractual o extracontractual, por el daño moral producido.	150
iv.	Jurisprudencia sobre la indemnización del daño moral.....	151
e.	Las otras indemnizaciones a que tenga derecho.	160
3.	DESEMPLEO DEL TRABAJADOR.....	162
CAPITULO V. EL DESPIDO INDIRECTO Y SU RELACION CON INSTITUCIONES DE INTERES DENTRO DEL DERECHO LABORAL.		
I.	EL DESPIDO INDIRECTO Y SU RELACION CON EL FUERO LABORAL.....	164
1.	Breve introducción al fuero laboral.....	164
a.	Definición, fundamento y régimen jurídico general del fuero laboral.....	164
b.	Beneficiarios del fuero laboral.....	166
i.	Fuero maternal.....	166
ii.	Fuero por motivos de la relación colectiva de trabajo.	166

(a)	Fuero del dirigente sindical.....	166
(b)	Fuero del delegado sindical.....	166
(c)	Fuero del delegado de personal:.....	167
(d)	Fuero del representante titular de los trabajadores en los comités paritarios, de higiene y seguridad.....	167
(e)	Fuero de los trabajadores involucrados en negociación colectiva reglada.....	167
(f)	Fuero de los candidatos a una elección sindical, sólo de los sindicatos nominados.....	168
2.	Relación del despido indirecto con el fuero laboral.....	168
a.	Doctrina que acoge el pago de las remuneraciones por el periodo que se extienda el fuero.....	169
b.	Doctrina que rechaza el pago de las remuneraciones por el periodo que se extienda el fuero.....	171
c.	Doctrina que opta entre el pago de las remuneraciones por el período que se extienda el fuero o las indemnizaciones tarifadas.....	173
II.	EL DESPIDO INDIRECTO Y SU RELACION CON LA NULIDAD DEL DESPIDO POR FALTA DE PAGO DE LAS COTIZACIONES.....	175
1.	Breve introducción a la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones.....	175
2.	Relación del despido indirecto con la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales.....	179
a.	Doctrina que acoge la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales, en el caso del despido indirecto.....	179
b.	Doctrina que rechaza la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales, en el caso del despido indirecto.....	182
c.	Posición que se adopta en este trabajo, frente a la aplicación de la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales, en el caso del despido indirecto.....	183
	CONCLUSION.....	186
	BIBLIOGRAFÍA.....	192

ABREVIATURAS.

cons.	Considerando
Corte de Santiago	Corte de Apelaciones de Santiago.
FM	Fallos del Mes.
GJ	Gaceta Jurídica.
JLT de Santiago	Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.
MCLP	Manual de Consultas Laborales y Provisionales.
Pág.	Página.
Rec.	Recurso.
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia.
RLCh	Revista Laboral Chilena.
S.	Sentencia.
Sec.	Sección.
T.	Tomo.
Vol.	Volumen.

INTRODUCCION.

El despido Indirecto, es una institución poco conocida por los trabajadores, puede incluso atemorizar sólo el hecho de pronunciar la palabra inicial “despido”, sin embargo, se encuentra arraigada al derecho laboral prácticamente desde sus inicios.

El despido indirecto tiene que ver con razones de justicia intrínsecas a toda relación. En su esencia, se trata de la alternativa del trabajador de disolver el vínculo que une a las partes, en caso que sea el empleador quien incurre en una causal, teniendo el derecho a obtener las indemnizaciones que le correspondan. Obviamente, al tratarse de un vínculo laboral, se encuentra regulado por el derecho laboral. En nuestro caso, el legislador se ha encargado de establecer cuestiones tan relevantes como, las causales por las que procede y las indemnizaciones al trabajador afectado. Sin embargo, aún existen una serie de temas, respecto de los cuales no se ha pronunciado, tales como la procedencia de la nulidad del despido en caso del despido indirecto, o la continuación del fuero laboral en caso de que el trabajador opte por el despido indirecto.

A grandes rasgos, este trabajo intenta dar a conocer el despido indirecto en todos sus aspectos, a modo de presentarlo como garantía de los derechos del trabajador. En definitiva, posicionarlo dentro de la terminación del contrato de trabajo, como una institución de importancia, a la cual probablemente no se le ha prestado la atención que merece, tanto en el ámbito doctrinal, jurisprudencial como en el desarrollo legislativo.

Para lograr desentrañar todos aquellos aspectos del despido indirecto que resulten de importancia, se ha seguido una metodología de investigación basada en la documentación, tanto de doctrina, como de jurisprudencia, la que se ha analizado e interpretado cualitativamente, obtenido así, una investigación

de carácter explicativa, descriptiva, capaz de arribar a conclusiones fundamentadas.

La estructura que se le ha dado al presente trabajo, pretende conducir al lector hacia un conocimiento más avanzado del despido indirecto, partiendo de lo básico y terminando con situaciones de mayor complejidad, que requieren necesariamente del conocimiento que se entrega en los capítulos previos.

Siguiendo el orden explicado en el párrafo anterior, el primer capítulo, introduce al lector en nociones básicas acerca del contrato de trabajo y su terminación, lo que permite situar al despido indirecto dentro de los temas fundamentales del derecho del trabajo.

En el segundo capítulo, entramos de lleno en el despido indirecto, analizando el concepto, naturaleza jurídica, fundamento y evolución histórica en nuestra legislación. Este capítulo tiene gran relevancia, ya que aborda temas poco tratados por nuestra doctrina, como es la naturaleza jurídica de esta institución, adoptándose así, una posición clara al respecto. Además, se señalan con precisión los fundamentos en los que radica la importancia de esta institución.

El tercer capítulo, probablemente de mayor interés para el trabajador, trata en una clasificación innovadora, los elementos o requisitos de fondo y forma del despido indirecto. Dentro de los requisitos de fondo, sistematizamos las causales de procedencia del despido indirecto, aportando jurisprudencia recopilada del 2000 a 2007, pertinente en cada caso.

El capítulo cuarto, trata sobre los efectos del despido indirecto, dentro de los cuales, destacamos el análisis de las indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, especialmente la procedencia de la indemnización del daño moral y las modificaciones incorporadas por la ley 20.005 sobre acoso sexual.

En el capítulo quinto, nos referimos a la relación del despido indirecto con dos instituciones propias del derecho laboral- la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales y el fuero laboral-, y sobre las cuales el legislador no se ha pronunciado, dando origen a posiciones divergentes dentro la jurisprudencia. Por tanto, es en este capítulo donde tiene mayor relevancia la recopilación de jurisprudencia realizada para este trabajo, entre los años 2000 y 2007.

El trabajo termina con una conclusión, en la que se consignan los resultados más sobresalientes de la investigación.

CAPITULO I. BREVE RESEÑA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SU TERMINACION.

I. EL CONTRATO DE TRABAJO

Previo al estudio de la terminación del contrato de trabajo y específicamente del despido indirecto, es importante repasar algunas nociones generales sobre dicho contrato, ya que al ser el supuesto básico de la relación laboral en nuestra legislación laboral, eminentemente contractualista, nos permitirá situar al despido indirecto dentro del derecho laboral y lograr en los siguientes capítulos determinar la importancia de esta institución.

1. Definición del Contrato de Trabajo.

a. Definición legal.

El artículo 7 del Código del Trabajo define el contrato de trabajo, en los siguientes términos : “Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.

De esta definición se desprenden cuatro elementos de la esencia del contrato de trabajo:

a) El primer elemento, es la necesidad del acuerdo de voluntades entre trabajador y empleador.

b) El segundo elemento, es la prestación de servicios personales por parte del trabajador. De este elemento se desprenden dos importantes conclusiones, la primera es que al ser el contrato personalísimo no operan las

sustituciones, las delegaciones ni cabe que la prestación de servicios sea realizada por una persona jurídica y la segunda conclusión es que la prestación de servicios constituye el objeto del contrato para el trabajador y la causa del mismo para el empleador.¹

c) El tercer elemento, es la remuneración determinada que debe pagar el empleador, por los servicios prestados. Asimismo desde la perspectiva de la teoría general de los contratos, constituye el objeto del contrato de trabajo para el empleador y la causa para el trabajador.²

d) Finalmente, el cuarto elemento, es la relación de subordinación y dependencia bajo la cual deben prestarse los servicios. La doctrina considera que este elemento tipifica al contrato de trabajo, lo caracteriza y lo diferencia de otros afines. La legislación laboral no ha definido la relación de subordinación y dependencia, por lo que la doctrina y jurisprudencia han aportado a su configuración. En la actualidad se plantea que se refiere a la sujeción personal del trabajador, en la actividad laborativa, en su fase de ejecución, dentro de la organización técnico productiva de la empresa, a las directivas, normas y disciplina del empleador a fin de que sólo incorpore su acción a las tareas específicas que le señale éste bajo sus poderes técnico-empresariales.³

Según el Profesor Héctor Humeres Noguera, la doctrina ha agregado un quinto elemento, la continuidad de los servicios.⁴

¹ ROJAS M, Irene, Manual de derecho del trabajo: derecho individual, Santiago, Editorial LexisNexis, 2004, pág. 21.

² ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 22.

³ MACCHIAVELLO C, Guido, Derecho del trabajo, Santiago, Editorial Jurídica, 1988, pág. 174 (Citado por ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 24)

⁴ HUMERES N, Héctor, Derecho del Trabajo y de la seguridad Social, Tomo I, décimo séptima edición, Santiago, Editorial Jurídica, 2004, pág. 356.

b. Críticas a la definición legal de contrato de trabajo.

La doctrina ha planteado algunas débiles críticas a la definición legal de contrato de trabajo. En primer lugar, que salvo la subordinación y dependencia no se menciona otro elemento que caracterice propiamente a la relación laboral. En segundo lugar, que no se refiere al contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.

Al respecto William Thayer y Patricio Novoa responden que, caracterizar mayormente el contrato de trabajo en la definición legal podría recargar innecesariamente el texto legislativo. Sobre el contenido ético-jurídico, sostienen que éste pertenece a la naturaleza del contrato de trabajo, por consiguiente debe subentenderse y respetarse conforme al principio sobre cumplimiento de buena fe de los contratos, contenido en el artículo 1546 del Código Civil⁵.

c. Definiciones doctrinales.

Existen múltiples definiciones doctrinales del contrato de trabajo que ponen mayor o menor énfasis en alguno de los elementos del contrato ya mencionados. Para William Thayer y Patricio Novoa más que dar un concepto, es preferible que los elementos tipificantes, jurídicos y doctrinarios del negocio jurídico, surjan del desarrollo del tema⁶, sin embargo, a modo ilustrativo se pueden señalar las siguientes definiciones:

En la doctrina extranjera encontramos definiciones dadas por importantes autores, como por ejemplo:

⁵ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo, Tomo II, Tercera Edición, Santiago, Editorial Jurídica, 1997, pág. 33-34.

⁶ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob.cit., Tomo II, pág. 32.

Eugenio Pérez Botija define el contrato de trabajo como un acuerdo, expreso o tácito, por virtud del cual, una persona realiza obras o presta servicios por cuenta de otra, bajo su dependencia, a cambio de una retribución.⁷

Gaspar Bayon Chacón estima reducido el valor del elemento de subordinación y dependencia, dentro del contrato de trabajo, el que define como aquel por el cual una persona a cambio de una remuneración, presta servicios a otra⁸.

Para el argentino Guillermo Cabanellas, el contrato de trabajo es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra⁹.

2. Características del contrato de trabajo.

Entre las múltiples características del contrato de trabajo, sólo se mencionarán las más relevantes, es decir, las que permitan tener una idea general del contrato de trabajo dentro de la teoría general de los contratos:

a) Es un contrato de derecho privado: ya que regula las relaciones entre particulares¹⁰

⁷ PEREZ B, Eugenio, Curso de Derecho del Trabajo, Quinta Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1957, pág. 111-112.

⁸ BAYON CH, Gaspar y PEREZ B, Eugenio, Manual de derecho del trabajo, Tomo I, Séptima Edición, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1967, pág. 266.

⁹ CABANELLAS, Guillermo, Tratado de derecho laboral, Tomo II, Ediciones El Gráfico Impresores, 1949-1950, pág. 41.

¹⁰ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo II, pág. 93.

b) Es un contrato bilateral: ya que las partes se obligan recíprocamente, según la definición del artículo 1439 de Código Civil, lo que incluye no sólo las obligaciones patrimoniales de prestar servicios personales y pagar una remuneración por ellos, sino que todas aquellas que surgen de la relación laboral y que veremos al revisar el contenido del contrato de trabajo.

Al ser un contrato bilateral se aplica lo establecido en los siguientes preceptos:

Artículo 1489 del Código Civil, que señala que en estos contratos: *“va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado*

“Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”

Tal consecuencia jurídica, tiene relación con el despido indirecto en el contrato de trabajo, ya que éste, se asimila a la opción que tiene el trabajador de resolverlo, si el empleador no cumple con las obligaciones que le impone el contrato y que están debidamente señaladas en el Código del Trabajo.

También se aplica lo preceptuado en el artículo 1552 del Código Civil, que establece la regla de que “la mora purga la mora”, lo que quiere decir que ninguno de los contratantes esta en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte¹¹.

c) Es un contrato oneroso: ya que como señala el artículo 1440 del Código Civil *“tiene por objeto la utilidad de ambos contratante, gravándose cada uno a beneficio del otro”*. De esta característica deriva del contenido jurídico -

¹¹ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit., Tomo II, pág. 94.

patrimonial del contrato de trabajo, específicamente las obligaciones de prestar servicios a cambio de una remuneración¹²

d) Es un contrato conmutativo: ya que las obligaciones que se contraen se miran como equivalentes. Respecto a esta característica Thayer y Novoa consideran que el contrato de trabajo es esencialmente conmutativo, ya que la remuneración, en cuanto retribución a los servicios prestados, guarda una equivalencia matizada, es decir, aunque este sea su principal factor, otros también inciden en su determinación, como son por ejemplo el carácter de suficiencia para atender las necesidades personales y familiares del trabajador, la situación de la empresa y las exigencias del bien común¹³.

e) Es un contrato consensual: así lo expresa el artículo 9° del Código del Trabajo, “*El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito...*”

De la disposición transcrita se concluye que este contrato se perfecciona con el sólo acuerdo de voluntades, siendo su escrituración una formalidad para su prueba o *ad probationem*.

f) Es un contrato principal: ya que como lo expresa el artículo 1442 del Código Civil, “*subsiste por sí mismos sin necesidad de otra convención*”.

g) Es un contrato nominado o típico: ya que posee su propia denominación, contiene una regulación jurídica propia, con sus elementos tipificantes, que lo distinguen de las demás figuras jurídicas.¹⁴

¹² MELIS V, Cristian y Sáez C, Felipe, Derecho del Trabajo, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2000, pág. 119.

¹³ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo II, pág. 96.

¹⁴ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo II, pág. 98p.

h) Es un contrato dirigido: esta característica es de gran importancia, especialmente para el trabajador, ya que, significa que el legislador fija el contenido contractual mínimo y máximo de la relación laboral, con el objeto de superar las desigualdades entre los contratantes y proteger así al más débil, que es el trabajador. Que sea un contrato dirigido conlleva una atenuación de la voluntad que, como ya se dijo, tiene fines protectores. Así por ejemplo, la ley fija la remuneración mínima, que debe ser pagada a los trabajadores, por la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo¹⁵. En el ámbito de la terminación de contrato de trabajo se prohíbe el desahucio de los trabajadores en general, se fijan causales de término del contrato tanto para el despido propiamente tal como para el despido indirecto.

i) Es un contrato de adhesión: esta característica es mencionada por el profesor Luís Lizama Portal, que considera que por regla general el contenido del contrato de trabajo está dispuesto por el empleador, quien ofrece al trabajador, en términos tales, que éste no puede alterar dicho contenido y sólo le cabe adherir a él o rechazarlo¹⁶. Esta característica no es contradictoria con la descrita en la letra h), ya que, este ofrecimiento debe situarse dentro de los límites legales. Una manera de evitar que el contrato de trabajo sea de adhesión, lo que sucede a menudo con los contratos individuales de trabajo, es la negociación colectiva que genera los contratos colectivos de trabajo.

j) Es un contrato de tracto sucesivo: ya que las obligaciones se cumplen y realizan en el tiempo, en forma continuada y sucesiva¹⁷, mientras dure la relación laboral, independiente de si se trata de un contrato indefinido o a plazo fijo.

¹⁵ LIZAMA P, Luís, Derecho..., ob. cit, pág. 20.

¹⁶ LIZAMA P, Luís, Derecho..., ob. cit, pág. 20-21.

¹⁷ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo II, pág. 99.

3. Contenido del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo cumple una doble función o rol. Por un lado, una función constitutiva o genética, es decir, constituye la relación laboral, originando un conjunto de derechos y obligaciones para las partes. Por otro lado, cumple una función normativa o rol funcional, que consiste en dotar de contenido dicha relación, es decir, regula los derechos y las obligaciones de cada una de las partes en dicho contrato.¹⁸ Sin embargo, este rol se encuentra atenuado por la existencia de normas de orden público laboral que establecen derechos y deberes que no están entregados a la voluntad de las partes.¹⁹ Esto último se relaciona íntimamente con el carácter de dirigido del contrato de trabajo.

De la función constitutiva, es que, surge el contenido del contrato de trabajo, que se define como el conjunto de derechos y obligaciones que se generan para las partes como consecuencia de su celebración.

La revisión del contenido del contrato de trabajo, resulta importante para el posterior estudio del despido indirecto, ya que, permite entender con mayor claridad, porqué el legislador ha establecido ésta institución, en los casos que el empleador transgreda ciertas obligaciones del contrato de trabajo.

Si bien las obligaciones principales -que constituyen el objeto y la causa del contrato- son la de prestar servicios personales y pagar una remuneración por ellos, surgen otros derechos y obligaciones para los contratantes, producto de las singulares características de la relación laboral, además de la vigencia

¹⁸ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 22. En el mismo sentido: UGARTE C, José Luís, El Contenido del Contrato individual de Trabajo. En Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, N° 94 noviembre 1996, Pág. 9.

¹⁹ UGARTE C, José Luís, Ibíd.

dentro de la relación laboral de derechos fundamentales, cuyo reconocimiento es aún incipiente.

a. Clasificación Tradicional del contenido del contrato de trabajo.

La doctrina tradicional²⁰ ha clasificado el contenido del contrato de trabajo, agrupando los derechos y obligaciones en tres categorías de distinta naturaleza: jurídico-instrumental, patrimonial y ético-jurídico. A continuación se describirán brevemente cada una de ellas:

i. Contenido Jurídico- Instrumental:

Está compuesto por la potestad jurídica de mando del empleador, cuyas manifestaciones fundamentales son: el poder de dirección, el disciplinario y el derecho de *variación o ius variandi*. Cabe destacar que los límites que el legislador impone a dichas manifestaciones, cobran gran importancia al momento de determinar las causales del despido indirecto.

Desde el punto de vista de los deberes del trabajador, el contenido jurídico-instrumental, se encuentran integrado por el deber de obediencia, y el de responsabilidad, que implica la obligación de responder por los posibles daños o perjuicios a que puede dar lugar su actividad laborativa²¹.

El contenido instrumental tiene por objeto la adecuada realización de la relación laboral y el cumplimiento de los fines de la empresa. Se explica, por la existencia del vínculo de subordinación y dependencia, que permite al empleador ejercer potestades o derechos subjetivos, que ponen al trabajador en posición de sujeción a ellos y directamente

²⁰ En este sentido: THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo II, pág. 201-202; UGARTE C, José Luís, ob. cit, El contenido del contrato..., pág. 10.

²¹ UGARTE C, José Luís, ob. cit, El contenido del contrato..., pág. 12-13.

Cierta doctrina incluye dentro de éste contenido, el derecho de resistencia del trabajador, que consiste en la facultad para en ciertos casos justificados, no ejecutar las instrucciones que el empleador imparte en ejercicio de la potestad de mando, el cual se deriva del artículo 160 N° 4 del Código del Trabajo²²

ii. Contenido patrimonial.

Es el conjunto de derechos y obligaciones correlativas del contrato de trabajo, que inciden o afectan directamente en la situación económica tanto del trabajador como del empleador y, que son susceptibles de ser evaluadas pecuniariamente.²³

Desde el punto de vista del trabajador, éste tiene la obligación principal de prestar servicios personales -por lo que es intransferible e intransmisible- y las accesorias de asistencia y permanencia, que se desprenden de las causales de terminación del contrato de trabajo establecidas en el artículo 160 N° 3 y 4 a) respectivamente.

Desde el punto de vista del empleador, éste tiene la obligación principal de remunerar los servicios prestados²⁴. De esta obligación principal se desprenden una serie de obligaciones accesorias como son la de pagar al menos el ingreso mínimo mensual fijado por la ley, en moneda de curso legal, dentro del periodo máximo establecido por la ley, en el lugar de la prestación de

22 UGARTE C, José Luis C, El contenido del contrato..., ob. cit, pág. 14.

23 *ibíd.*

24 Esta obligación se encuentra definida en el artículo 41 del Código del Trabajo, es básico que la remuneración sea en dinero o especies evaluables en dinero y, cuya causa sea la prestación de servicios por parte del trabajador.

los servicios, dentro del horario fijado por la ley y finalmente la obligación de que se documente al trabajador el pago, mediante comprobante.²⁵

iii. Contenido Ético- jurídico.

Para algunos autores como Thayer y Novoa es el contenido más relevante, ya que, pese a no existir indicios de él, en el concepto de contrato de trabajo dado por el Código del Trabajo, ni exista consagración expresa de muchos de los derechos que lo integran, se desprende de la condición de contrato de trabajo, un profundo contenido personal, cuyo fundamento general y último reside en que seres humanos se vinculan en una relación de carácter jurídico-personal, estable y continua, tras la consecución de un fin en común, cual es la producción de bienes y servicios para la comunidad.²⁶

El profesor Ugarte lo define como el conjunto de derechos y obligaciones correlativas, que regulan la relación entre trabajador y empleador, con el objeto de proteger ciertos bienes jurídicos de carácter ético.

Existen múltiples derechos y obligaciones que, si cabe clasificarlos dentro de algún contenido debe ser en éste. El fundamento legal de estos derechos y obligaciones lo encontramos en la legislación laboral, ya sea de manera expresa respecto al deber de protección (artículo 184, 160, 171 del Código del Trabajo), el de higiene y seguridad (artículo 184 del Código del Trabajo), el deber de capacitación; o bien de manera implícita, en las causales de terminación del contrato de trabajo. Además, cabe deducirlos de la normativa general, de los principios que informan el derecho del trabajo y como veremos en el siguiente subtítulo, también tienen como fundamento el respeto a los derechos fundamentales del trabajador.

²⁵ UGARTE C, José Luís, El contenido del contrato..., ob. cit, pág.18.

²⁶ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo II, pág. 375.

La doctrina tradicional destaca desde el punto de vista del empleador, las siguientes obligaciones:

En primer lugar, la obligación de respeto, es decir, no violentar el universo afectivo del trabajador, que comprende entre otras cosas su honor, auto imagen, proyectos de vida etc. Este deber emana, entre otros preceptos, del artículo 171 del Código del Trabajo, que estatuye el despido indirecto, cuando el empleador hubiere incurrido en alguna de las causales del artículo 160 del mismo cuerpo legal.²⁷ La obligación de respeto, que se complementa con la de obligación de considerar la dignidad del trabajador, mencionada por el profesor Lizama²⁸(fundada en el artículo 154 inciso final del Código del Trabajo).

En segundo lugar, se encuentra la obligación general de protección, de la cual forman parte el deber de higiene y seguridad y de asistencia médica inmediata (implícitamente incorporado en el artículo 184 del Código del Trabajo). Finalmente se encuentra la obligación ocupación efectiva.

El profesor Lizama²⁹, al analizar los derechos de los trabajadores, no los clasifica dentro de alguno de los contenidos vistos, sin embargo menciona una serie de derechos del trabajador, tales como, el derecho a no ser discriminado, el derecho a la vida privada, intimidad y honra, derecho a la libertad ideológica, todos los cuales tienen que ver con el reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral. De encasillarlos en algún contenido pertenecerían al ético-jurídico.

²⁷ UGARTE C, José Luís, El contenido del contrato..., ob. cit, pág.19.

²⁸ LIZAMA P, Luís, Derecho..., ob. cit, pág. 69.

²⁹ LIZAMA P, Luís, Derecho..., ob. cit, pág. 69-74.

Desde el punto de vista de las obligaciones del trabajador, nos encontramos con el deber de respeto, el cual, es recíproco entre las partes y se desprende de la naturaleza personal de la relación laboral, el deber de probidad (artículo 160 N° 1 letra a), el deber de cuidado (artículo 160 N° 5), el deber de diligencia y de fidelidad³⁰.

b. Críticas a la clasificación tradicional del contenido del contrato de Trabajo.

Hemos visto la perspectiva tradicional del contenido del contrato de trabajo, la cual no está exenta de críticas, que proponen una nueva perspectiva de análisis.

Las principales críticas son, en primer lugar, que la división entre contenido patrimonial, instrumental y ético-jurídico, provoca una visión separada de los derechos y obligaciones con altos grados de interdependencia, por lo que se aconseja una visión y análisis sistémico. Por ejemplo la potestad de mando, que asiste al empleador, se encuentra, por un lado, dentro del contenido jurídico-instrumental y por otro lado, limitada en su ejercicio por los derechos que tiene el trabajador, más aun tratándose de derechos fundamentales, que caben dentro del contenido ético-jurídico.³¹

En segundo lugar, la doctrina tradicional otorga al contenido ético-jurídico fundamentos más bien débiles, en circunstancias de que estos derechos tienen base jurídica fuerte y segura en el respeto a los derechos humanos del trabajador, en la relación laboral, como es el deber de seguridad y salud en el

³⁰ UGARTE C, José Luís, El contenido del contrato..., ob. cit, pág.22.

³¹ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág.173.

trabajo, la protección de la capacidad profesional del trabajador y la protección a la maternidad.³²

El reconocimiento de derechos fundamentales en la relación laboral, es un planteamiento reciente en nuestro país. La base de este reconocimiento es la vigencia de los derechos fundamentales en la relación entre particulares, lo cual se encuentra claramente establecido en el artículo 6° inciso segundo de la Constitución Política de la Republica (CPR), que señala “*Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*”. Ahora bien, respecto a la relación laboral, nos encontramos con la particularidad de que el trabajador se encuentra bajo el vínculo de subordinación y dependencia del empleador, lo que como señala el profesor Lizama³³, produce tensión entre el ejercicio pleno y total de los derechos fundamentales tales como, la libertad de expresión, el respeto a la intimidad y a la no discriminación y el ejercicio de la potestad jurídica de mando tal como tradicionalmente se han entendido.

Aparentemente hoy en día, esta tensión es más bien un límite a la potestad jurídica de mando. Para que se produjera este cambio, ha sido fundamental lo preceptuado en el artículo 5° inciso primero del Código del Trabajo, incorporado por la ley 19.759 del 2001, que señala “*El ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos*”. El reconocimiento de los derechos fundamentales, se ha iniciado tardíamente a partir de dictámenes que emanan de la autoridad administrativa del trabajo, la que se ha pronunciado

³² ROJAS M, Irene, *ibíd.*

²⁴ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, *La interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur. 1998. pág. 165 y sig.

sobre la plena vigencia de estos derechos. En el ámbito jurisprudencial, si bien existen algunas sentencias que reconocen estos derechos, hasta ahora la jurisprudencia judicial ha tenido posiciones contradictorias.³⁴

II. LA TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Siguiendo un orden lógico en el estudio de la relación laboral, y previo análisis en profundidad del despido indirecto, en este título corresponde revisar los aspectos más relevantes de la terminación del contrato, materia dentro de la cual se encuentra el despido indirecto

1. Concepto e importancia del la terminación del contrato de trabajo.

La terminación del contrato de trabajo es conceptualizada por los profesores William Thayer y Patricio Novoa como *“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.”*³⁵

A pesar de la amplitud de la definición transcrita, la terminación del contrato de trabajo es una materia que, dentro del derecho laboral, abarca múltiples aspectos que sobrepasan tal definición, siendo algunos de ellos muy discutidos, como es el caso del sistema de terminación del contrato de trabajo a adoptar, su regulación, instrumentos jurídicos que acompañan a uno u otro sistema y el despido como forma de poner término al contrato de trabajo, entre otros temas.

³⁴ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 173-174.

³⁵William A y NOVOA F, Patricio, Manual de Derecho del Trabajo, Tomo III, Tercera Edición, Santiago, Editorial Jurídica, 1997, pág. 28.

La terminación del contrato de trabajo, es un tema que no sólo abarca diversos aspectos, sino que también es de gran relevancia en el derecho laboral, fundamentalmente por las siguientes razones:

a) Porque el contrato de trabajo comprende a un número muy elevado de personas, vincula a un porcentaje no inferior al 60 % de la población activa chilena y todas estas personas han celebrado dicho contrato de trabajo, con vista a obtener de él una remuneración que las habilite para atender sus necesidades básicas, personales y familiares, por lo tanto, su terminación no debe verse como la de un negocio jurídico cualquiera, sino como la pérdida de la fuente de ingresos de que disfrutaba el deudor de trabajo.³⁶

b) Porque la relación laboral tiene el carácter de jurídico-personal. El trabajador dedica su tiempo y esfuerzo en la realización del trabajo y la permanencia en él contribuye a su dignidad, esta idea se relaciona con la concepción según la cual el trabajo no puede ser considerado una mercancía.³⁷

c) El sistema por el cual se va a regir la terminación del contrato de trabajo y su regulación es un tema de trascendental dentro de la terminación del contrato, que ha generado un intenso debate. Su importancia radica principalmente en los efectos que se producen, tanto para empleadores como para trabajadores, al escoger uno u otro. En el punto siguiente se verán con mayor detención los distintos sistemas, sin embargo, vale la pena destacar que en el presente siglo la estabilidad laboral se ha impuesto como el sistema común, constituyéndose en un bien jurídico que el ordenamiento laboral ha pretendido proteger. Tal propósito excede las posibilidades del ordenamiento

³⁶ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio F, ob. cit, Tomo III, pág. 29-30.

³⁷ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio F, Ibíd.

jurídico, por ello, es necesario que actúen conjuntamente tanto factores jurídicos como económicos y políticos.³⁸

2. Sistemas de terminación del contrato de trabajo

a. Libre despido.

Es la facultad del empleador de poner término al contrato de trabajo sin justa causa³⁹. El libre despido puede ir acompañado de matices o aditamentos que por vía indirecta tiendan a lograr alguna forma de mayor estabilidad o protección:

a) Libre despido con plazo de preaviso: la voluntad unilateral no puede surtir efecto inmediatamente, sino dentro de un término posterior. Es la más tenue de las protecciones.

b) Libre despido con preaviso e indemnización adicional: tal indemnización tiene su origen en que no hay una justa causa de terminación del contrato. Esta modalidad del libre despido aunque efectivamente constituye una protección al empleo, tiene una orientación y sentido diferente de la estabilidad, ya que, se reconoce el derecho a despedir sin causa, incluso abusivamente, debiendo pagar una suma para ejercer tal derecho.⁴⁰

El sistema de libre despido se encuentra ligado a la concepción individualista del mundo, de la vida y por ende del trabajo que predominó en el siglo XIX. Dentro de esta concepción la relación laboral se apegaba a los conceptos de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, donde el

³⁸ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 220.

³⁹ LIZAMAP, Luís, Derecho..., ob. cit, pág.160. En el mismo sentido: THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 78.

⁴⁰ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 79.

Estado se mantenía al margen de la relación, que era regulada totalmente por los privados. A medida que esta situación va cambiando, que el Estado pasa a regular la relación laboral y surge el Derecho del Trabajo como rama independiente del Derecho Civil, es que también se va formando el concepto de estabilidad en el empleo, como una de las tantas manifestaciones jurídicas y sociales de reacción a las concepciones clásicas de corte liberal e individualista y va desapareciendo el libre despido⁴¹.

Hoy, en nuestra legislación, existe el libre despido bajo el nombre de desahucio. Se aplica a personas que por el cargo que ocupan, requieren de la absoluta confianza del empleador y se encuentran específicamente señaladas en la ley.

b. Estabilidad en el empleo.

Este sistema ha sido definido, como el derecho a permanecer en 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 en el empleo, o en subsidio, a ser indemnizado adecuadamente. La idea de estabilidad parte del supuesto de que el empleador no tiene derecho a despedir, sino cuando hay una causa justificada.⁴²

De la definición dada podemos distinguir dos tipos de estabilidad:

a) Estabilidad absoluta: aquella en que el trabajador injustamente despedido es efectivamente reincorporado a sus labores una vez declarado nulo el despido.

⁴¹ WALKER, Francisco E. Comentarios sobre proyecto de ley : terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo, Santiago, Editorial CEPET, 1990. 9-10p.

⁴² WALKER E, Francisco, Comentarios ..., ob. cit, pág.11. En el mismo sentido LIZAMAP, Luís, Derecho..., ob. cit, pág.160.

b) Estabilidad relativa: impide que un trabajador sea despedido por la sola voluntad del empleador y, en caso de ser despedido arbitrariamente debe ser indemnizado.

El profesor Lizama Portal distingue entre la estabilidad relativa propia e impropia. La estabilidad relativa propia considera nulo el despido injustificado, pudiendo el trabajador seguir considerándose empleado de la empresa, percibiendo su salario, incluso si el empleador no lo readmite; la estabilidad relativa impropia no produce la ineficacia del despido, sino que sanciona al empleador por su incumplimiento contractual.⁴³

Para el profesor Alfredo Ruprecht, la indemnización se limita a ser una sanción por incumplimiento, lo cual no genera realmente estabilidad en el empleo.⁴⁴

c. Inamovilidad.

Se trata del derecho que tiene el trabajador para permanecer indefinidamente en su empleo, salvo que incurra en alguna causal, atribuible a su conducta, que autorice el despido disciplinario, previa comprobación por la autoridad competente (administrativa o judicial) de que ha cometido faltas o hechos culpables que permiten tal medida.⁴⁵ La inamovilidad se ha tendido a asimilar, por algunos autores, con la estabilidad absoluta en el empleo, sin embargo existen diferencias entre ambas, como por ejemplo:

⁴³ LIZAMAP, Luís, Derecho..., ob. cit, pág.161.

⁴⁴ RUPRECHT. Alfredo J. La estabilidad en Latinoamérica. En: Estudios sobre el derecho individual de trabajo, en homenaje al profesor Mario Deveali, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1979, 641-642p. Citado por WALKER E, Francisco, Comentarios ..., ob. cit, pág.11

⁴⁵ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 82.

a) Cuando media la inamovilidad, el dependiente no puede ser despedido por causas objetivas, sino sólo por razones subjetivas atribuibles a su conducta. En el caso de la estabilidad, el despido es justo cuando median causales objetivas de terminación del contrato de trabajo⁴⁶

b) La inamovilidad como norma es más propia del sector público que del privado, donde se da sólo en casos taxativamente establecidos en la ley y respecto de algunas personas, en razón de sus actividades específicas o de su situación personal, tal como el caso del fuero maternal o sindical.

3. Breve reseña de la terminación del contrato de trabajo en la legislación chilena.

La legislación laboral chilena ha sufrido numerosos cambios en el ámbito de la terminación del contrato de trabajo, pasando por distintas etapas que se relacionan, entre otros factores, con la época social y política que vive el país. En este subtítulo se mencionarán los cambios más relevantes en orden cronológico.

a. Periodo entre 1924 y 1966.

La doctrina nacional concuerda en que el análisis de la legislación laboral sobre la terminación del contrato de trabajo comienza con las leyes 4.053 y 4.059, ambas de 1924, las que se enmarcan dentro del sistema del libre despido. La primera ley, se refería a los obreros, el empleador tenía la facultad de poner término al contrato, cuando lo estimara conveniente, dando aviso de 6 días de anticipación o abonándole la suma del salario equivalente a 6 días de trabajo (artículo 7°), además el contrato terminaba por las causales generales

⁴⁶ THAYER A, William y NOVOA F, *ibid.*

de expiración del los contratos, en especial de las contempladas en el artículo 6° de aquella ley. Respecto a los empleados, éstos se regían por la ley 4.059, la cual señalaba que las causales de terminación eran las generales de expiración y, en especial las señaladas en el artículo 333 del Código de Comercio vigente en aquella época (artículo 29). También podía operar el desahucio por cualquiera de las partes, dando aviso con un mes de anticipación, en caso contrario, el empleador podía hacer cesar en cualquier momento los servicios, abonando las sumas que correspondían al mes de aviso. (artículo 30). El Artículo 31° establecía que los patrones debían abonar a los empleados que hubieren prestados servicios mas de un año, a título de indemnización y en los casos en que su acto voluntario pusiera fin al contrato, una suma igual a tantos sueldos mensuales como fueren los años completos de servicios.

El Código del Trabajo de 1931 incorpora el criterio de estas leyes. Sin embargo la indemnización por años de servicio que le correspondía a los empleados, fue derogada tácitamente por la ley 6.020 de 1937, que estableció un fondo de indemnización por término del contrato a cargo de la Caja de Previsión de Empleados Particulares, el fondo era financiado por el aporte obligatorio de los empleadores que correspondía al 8.33 % del total de los sueldos, sobresueldos y comisiones que el empleado hubiere obtenido en el mes. La indemnización pasó a ser pagada por la Caja independiente de la forma y causa del despido⁴⁷

Cabe agregar que durante este periodo, se dictaron leyes que establecían indemnizaciones especiales por años de servicios, que favorecían a ciertos tipos de trabajadores, como fue el caso del personal de ferrocarriles,

⁴⁷ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 223. En similar sentido: THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 83.

los obreros de ferrocarriles, los obreros municipales, los obreros y empleados de empresas bencineras y petroleras⁴⁸.

Además, surgieron las primeras normas que regularon el despido colectivo. En el caso de que afectase a más de diez trabajadores el empleador requería de la autorización de los Ministerios de Economía, Fomento y Reconstrucción y del Trabajo y Previsión Social.⁴⁹

b. Periodo entre 1966 y 1973.

En este periodo se destaca la dictación de la ley 16.455 de 1966, sobre la terminación del contrato de trabajo. Esta ley tuvo como antecedente la recomendación de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T) N° 119 de 1963, y marcó un importante cambio en la visión que se había seguido hasta el momento, respecto a la terminación del contrato de trabajo. Introdujo un sistema de estabilidad relativa en el empleo- sin perjuicio de que transitoriamente rigieron las leyes 16.270 y 16.404 de 1965 que establecían la estabilidad absoluta y se mantuvieron mientras se tramitase la ley 16.455⁵⁰-. que se caracterizó por los siguientes cambios:

a) El empleador sólo podía poner término al contrato de trabajo por causas justificadas, las cuales se encontraban taxativamente establecidas en la ley. El legislador ya no se remitió a las causales generales de terminación del contrato.

b) Acotó la posibilidad del desahucio por parte del empleador sólo para los casos establecidos en el artículo 3° de la ley, es decir los empleados

⁴⁸ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 223. En similar sentido: WALKER E, Francisco, Comentarios..., ob. cit, pág. 17-18.

⁴⁹ WALKER E, Francisco, Ibíd.

⁵⁰ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 225.

que tuvieran poder para representar al empleador, empleados domésticos y quienes se encontraban en cargos de exclusiva confianza del empleador.

c) Explicitó en nuestra legislación la institución del despido indirecto, como se analizará detalladamente en el capítulo II.

d) El trabajador que consideraba que la terminación de su contrato había sido injustificada podía recurrir ante el juzgado competente dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la separación (artículo 5°), el cual conocía y resolvía la reclamación según el procedimiento establecido en la misma ley. En caso de resolver que la terminación era injustificada ordenaba de oficio o a petición de parte, la inmediata reincorporación del trabajador a sus funciones. Si el empleador se negaba a la reincorporación dentro del plazo de 2 días hábiles, el juez fijaba de oficio o a petición de parte la respectiva indemnización, la que no podía ser inferior a un mes por año de servicio continuos o discontinuos prestados en la misma empresa y fracción no inferior a seis meses. (artículo 8°). Esta indemnización tenía el carácter de sancionatorio en caso de despido injustificado por parte del empleador.

Este cambio fue el que tuvo mayor impacto y críticas, ya que, se consideró que establecía un sistema de inamovilidad. Esta concepción es equivocada, ya que la ley 16.455 en realidad establecía un sistema de estabilidad relativa. Durante su vigencia operó fundamentalmente con un carácter indemnizatorio⁵¹.

⁵¹ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 87.

La ley 16.455 mantuvo el régimen jurídico del despido colectivo y amplió la cobertura del fuero laboral, aplicable hasta entonces a los dirigentes sindicales⁵².

c. Periodo entre 1973 y 1991.

Si bien este trabajo considera por su relevancia sólo el Decreto Ley 2.200 de 1978, cabe señalar que a partir de los primeros meses del régimen militar se comenzaron a ver los primeros cambios de la legislación en cuanto al sistema de terminación del contrato de trabajo. Por ejemplo, se establecen nuevas causas de terminación respecto de las cuales no procede el fuero sindical, lo que se mantuvo en el Decreto Ley 2.200; se crearon tribunales especiales, colegiados en cuya composición se relacionó directamente con la autoridad militar y política⁵³.

El Decreto Ley 2.200 de 1978 reestableció el desahucio escrito, debía informarse con 30 días de anticipación a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva (artículo 13). El Decreto Ley 2.200 otorgó un resguardo indemnizatorio al trabajador, que consistía en el equivalente a la última remuneración devengada, por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses prestados continuamente al mismo empleador (artículo 16). Con la vuelta del libre despido, el sistema de estabilidad relativa se vio muy afectado, pero se mantuvo en parte, ya que el trabajador que consideraba que la causal por la cual se ponía término al contrato de trabajo era injustificada, podía recurrir al juzgado correspondiente a fin de que este lo declarare injustificado y ordenare pagar la indemnización que correspondía al desahucio (artículo 19). En este caso la indemnización cumplió, por un lado, un rol sancionatorio para el

⁵² ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 226.

⁵³ ROJAS M, Irene, ibd.

empleador y, por otro, de protección al trabajador. Sin embargo, con posterioridad al Decreto Ley 2.200, se dictaron dos leyes que lo modificaron en ciertos aspectos.. En primer lugar, la ley 18.018 de 1981 estableció que serían las partes del contrato las que fijasen el monto de la indemnización sin señalar un monto mínimo y, en caso de que nada se pactase, fijó una indemnización equivalente a 30 días de la última remuneración por cada año de servicio con un monto máximo de 150 días de remuneración; suprimió las normas sobre el despido colectivo⁵⁴, debilitando aún más la estabilidad relativa: flexibilizó la terminación del contrato de trabajo prácticamente volviendo a los inicios de las leyes laborales. En segundo lugar, la ley 18.172 de 1984, limitó medianamente el sistema de libre despido, ya que fijó imperativamente un monto mínimo de indemnización.

d. Periodo entre 1991 y 2001.

Con la vuelta a la democracia, se producen dos grandes reformas en materia de terminación del contrato de trabajo. La primera reforma laboral, vino con ley 19.010 de 1991, que en lo, primeros meses del régimen democrático, estableció las siguientes modificaciones:

a) Volvió al sistema de estabilidad relativa, al suprimir el desahucio del empleador como causal general de terminación del contrato de trabajo -que quedó acotado sólo a los casos de empleados que tuvieran poder para representar al empleador, los de casa particular y en caso de cargos de exclusiva confianza del empleador (artículo 3°)-. Además se aumentó el límite máximo de la indemnización desde 150 a 330 días de remuneración.

⁵⁴ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 228.

b) Modificó las causales de terminación del contrato de trabajo, suprimiendo aquellas incorporadas por el Decreto Ley 2.200 e incorporó la causal de necesidades de la empresa junto con el pago de la indemnización por años de servicios.

c) Estableció recargos a la indemnización por años de servicio, de un 20%, en caso de despido injustificado, indebido o improcedente y, si se trataba de las causales 1,5 y 6 del artículo 2° y era declarado carente de motivo plausible, podía ser aumentada la indemnización en un 50%.

La segunda reforma laboral⁵⁵ en esta materia fue establecida por la ley 19.759 del 2001, que modificó algunos aspectos de la ya consagrada estabilidad relativa. Las modificaciones hechas por esta ley siguieron la línea de una mayor protección al trabajador; en este punto destacamos las siguientes:

a) Modificó ciertos aspectos de las causales de terminación del contrato de trabajo (artículo 160 N° 1 del Código del Trabajo).

b) Constituyó en despido injustificado la terminación del contrato por invalidez total o parcial. (agregó el artículo 161 bis del Código del Trabajo)

c) Estableció un aumento en el recargo de la indemnización por término del contrato, en el supuesto de despido injustificado, de entre el 20% y 100%.

Con posterioridad a la ley 19.759, la ley 20.005 de 2005 incorporó en la letra b), N° 1 del artículo 160 del Código del Trabajo como causal de terminación del contrato de trabajo, las conductas de acoso sexual.

⁵⁵ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 230-231.

4. Causales de terminación del contrato de trabajo.

Como ya se ha señalado en este capítulo, el ordenamiento jurídico laboral, ha privilegiado un sistema de terminación del contrato de trabajo, basado en la estabilidad relativa en el empleo. Según la autora Irene Rojas M., este sistema de terminación del contrato de trabajo tiene como fin proteger al trabajador ante la terminación del contrato no imputable a su voluntad, y en el supuesto de concreción de la terminación del contrato, definir las responsabilidades empresariales. Dentro de este contexto, uno de los instrumentos jurídicos que se han establecido para el logro de dichos fines son las causales de terminación del contrato de trabajo, las que evitan que el empleador arbitrariamente ponga fin a la relación laboral ⁵⁶

Respecto a las causales de terminación del contrato de trabajo, éstas se encuentran sistematizadas en los artículos 159 a 161, ubicados en el Título V, Capítulo V, Libro I, del Código del Trabajo, denominado “*De la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo*”. La doctrina nacional ha clasificado las causales de terminación del contrato de trabajo atendiendo a diversos criterios y existiendo notorias diferencias. En este trabajo sólo se mencionaran, a modo ilustrativo, algunas de las clasificaciones más importantes:

a. Doctrina nacional.

Para los autores William Thayer y Patricio Novoa las causales de terminación del contrato de trabajo se clasifican en:⁵⁷

⁵⁶ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 222.

⁵⁷ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 33-34.

- a) Mutuo acuerdo (159 N° 1 del Código del Trabajo)
- b) Causales objetivas de terminación (159 N° 4, 5,6 del Código del Trabajo)
- c) Causales subjetivas de terminación. Que se subclasifican en involuntarias (159 N° 3 del Código del Trabajo o incapacidad del trabajador) y voluntarias o causales de caducidad (160 del Código de Trabajo), que se refieren los hechos o faltas atribuibles a la persona o conducta de alguna de las partes⁵⁸
- d) La voluntad unilateral de una de las partes (159 N° 2, 161 inciso 2 del Código del Trabajo)
- e) Las necesidades de la empresa. (161 inciso 1 del Código del Trabajo)

El autor Héctor Humeres Noguera, siguiendo con una norma casi universal, divide en dos las causales de terminación⁵⁹:

- a) Causales subjetivas, en que actúa la voluntad de una de las partes (159 N° 1 y 2, 161 inciso 1 y 2 del Código del Trabajo)
- b) Causales objetivas, en las que agrupa las causales ajenas a la voluntad, considerando todas las causales restantes (159 N° 3, 4, 5 y 6 y 160 del Código del Trabajo)

Para Luis Lizama Portal las causales de término del contrato de trabajo se agrupan de la siguiente manera⁶⁰:

⁵⁸ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 34.

⁵⁹ HUMERES N, Héctor, ob. cit, Tomo I, pág. 278.

- a) Por la voluntad concurrente de las partes (159 N° 1, 4, 5 del Código del Trabajo)
- b) Por la muerte o incapacidad del trabajador (159 N° 3 y 161 bis de Código del Trabajo)
- c) Por decisión unilateral del trabajador (159 N° 2 y 171 del Código del Trabajo)
- d) Por decisión unilateral del empleador (160, 161 inciso 1 y 159 N° 6 del Código del Trabajo)

Finalmente para Irene Rojas M. el ordenamiento jurídico vigente presenta las siguientes categorías⁶¹:

- a) Causas imputables a la voluntad de las partes (159 N° 1, 2 y 161 inciso 2 del Código del Trabajo)
- b) Causas objetivas (159 N° 4, 5, 6 del Código del Trabajo)
- c) Causas Subjetivas, que subclasifica en involuntarias (159 N° 3 del Código del Trabajo) y voluntarias (160 del Código del Trabajo), en el mismo sentido que William Thayer A y Patricio Novoa F. Sin embargo, considera que las causales subjetivas voluntarias, no deben ser llamadas de caducidad, ya que este término, habría desaparecido con la reforma introducida por la ley 19.010, por tanto, su utilización lleva a equívocos.
- d) Causas económicas (161 inciso 1 del Código del Trabajo)
- e) Despido Injustificado.

⁶⁰ LIZAMAP, Luís, Derecho..., ob. cit, pág. 162.

⁶¹ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 237.

f) Despido Indirecto (171 del Código del Trabajo)

Respecto al despido indirecto, autores nacionales como Luís Lizama Portal e Irene Rojas M. lo contemplan dentro de las causales de terminación del contrato de trabajo, aunque dentro de distintas categorías, ya que para el primer autor se trata de una decisión voluntaria del trabajador y para la segunda es una categoría única. Por otro lado, autores como Héctor Humeres Noguera, William Thayer y Patricio Novoa no lo mencionan explícitamente dentro de las causales de terminación del contrato de trabajo. Sin embargo Thayer y Novoa, al referirse al despido indirecto, señalan que el trabajador es motivado por el empleador que incurre en una causal de caducidad, por lo tanto, tácitamente lo están equiparando a una causa subjetiva voluntaria dentro de su clasificación.

b. Doctrina comparada.

A modo de ejemplo, de las múltiples formas de clasificar las causales de terminación del contrato de trabajo, en la doctrina comparada, mencionamos las siguientes clasificaciones:

Para Gaspar Bayon Chacón y Eugenio Pérez Botija⁶² las causales de terminación del contrato de trabajo se agrupan en:

a) Causales objetivas:	1) Contractuales	i) Cumplimiento de condición. ii) Cumplimiento del plazo. iii) Terminación de obra o servicio.
------------------------	------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------

⁶² BAYON CH, Gaspar y PEREZ B, Eugenio, Manual de derecho del trabajo, Tomo II, Séptima Edición, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1967, pág. 517.

	2) Extra-contractuales	Imposibilidad de continuar el contrato ya sea por imposibilidad legal de la prestación de trabajo o de continuar el negocio.	
b) Causales subjetivas:	1) Involuntarias	i) Muerte o incapacidad del trabajador. ii) Muerte o incapacidad del empresario.	
	2) Voluntarias	i) Bilaterales	(a) Mutuo disenso expreso o tácito. (b) Transformación del vínculo laboral en otro civil o mercantil
		ii) Unilaterales	(a) Traspaso y cese. (b) Dimisión de trabajador. (c) Despido por el empleador.

Para Jorge Rodríguez Mancini⁶³ las causales de terminación del contrato de trabajo, se clasifican según la naturaleza jurídica de la causa en que se funda la extinción:

⁶³ RODRIGUEZ M, Jorge, Curso de derecho del trabajo, Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, pág. 385.

a) Extinción por voluntad de ambas partes	1) Recisión o mutuo disenso. 2) Vencimiento de plazo cierto. 3) Cumplimiento de condición.	
b) Extinción por voluntad de una de las partes	1) Extinción sin invocación de causa.	i) Despido ad nutum. ii) Renuncia o dimisión
	2) Extinción fundada en el incumplimiento de la parte	i) Despido con justa causa o disciplinario. ii) Despido indirecto
c) Extinción fundada en causas no vinculadas a la voluntad de las partes	1) Por causas que afectan al empleador	i) Fuerza mayor ii) falta o disminución de trabajo iii) Quiebra o concurso. iv) Muerte
	2) Por causas que afectan al trabajador	i) Incapacidad absoluta ii) Inhabilitación iii) Jubilación ordinaria.

		iV) Muerte
--	--	------------

Finalmente el argentino Guillermo Cabanellas⁶⁴ sintetiza, de acuerdo con la legislación comparada hispanoamericana, las causas de disolución del contrato de trabajo:

a) Causales derivadas de la limitación del plazo del contrato	1) Contrato de prueba 2) Término del plazo establecido. 3) Finalización de la obra o del servicio.	
b) Causales derivadas del mutuo consentimient o y acuerdo de las partes	1) Causas previstas validamente en el contrato. 2) Mutuo acuerdo de las partes	
	1) Muerte del empresario y cierre	

⁶⁴ CABANELLAS, Guillermo, Tratado de derecho laboral, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones El Grafico Impresores, 1949-1950, pág. 750-751.

<p>c) Causales ajenas a la voluntad de las partes, autorizadas por la ley.</p>	<p>de la empresa.</p> <p>2) Incapacidad sobrevenida.</p> <p>3) Muerte del trabajador.</p> <p>4) Fuerza mayor: quiebra, incendio, guerra, etc.</p> <p>5) Cesación de la industria, por crisis laboral, etc.</p> <p>6) Incapacidad permanente para el trabajo</p>	
<p>d) Causas atribuidas a la sola voluntad de una de las partes</p>	<p>1) Por el patrono</p>	<p>i) Sin causa justificada</p> <p>ii) Invocación de falsa causa</p> <p>iii) Con causa justificada</p> <p>iv) Despido indirecto del trabajador</p>
	<p>2) Por el trabajador.</p>	<p>i) Abandono del trabajo</p> <p>ii) renuncia al empleo con reaviso</p> <p>iii) Invocación de falsa causal</p> <p>iv) Alegación de causal no</p>

		admitida por la ley v) Con causa justificada
--	--	-------------------------------------------------

CAPITULO II. EL DESPIDO INDIRECTO DENTRO DE LA TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO.

I. ORIGEN DEL DESPIDO INDIRECTO.

Previo a definir el despido indirecto cabe preguntarse por el origen del término. Los autores españoles De Miguel, Rodríguez-Piñero y Fernández concuerdan en que el origen del despido indirecto se encuentra en el derecho anglosajón, en el que se le denomina “Constructive Discharge”, más específicamente, en el derecho norteamericano, donde fue creado por la jurisprudencia de la National Labor Relations Board (NLRB)⁶⁵, en aplicación de lo establecido en la sección 8.(a) de la National Relations Act (NLRA) de 1935, respecto a la tutela de los derechos civiles frente a ciertas conductas empresariales discriminatorias que suponían forzar al trabajador a abandonar el trabajo.⁶⁶ Rodríguez-Piñero y Fernández agregan que la denominación se debe a que, a través de las causales que configuran esta institución, el empleador logra extinguir la relación laboral sin formalizar el despido, pero forzando al trabajador a adoptar la decisión de cesar en el trabajo, por lo que el tratamiento jurídico se equipara procedimental e indemnizatoriamente⁶⁷ al despido. Lo dicho se aplica a nuestro ordenamiento jurídico, en que el

⁶⁵ Órgano administrativo de ámbito nacional creado y regulado por la nacional Labor Relations Act.

⁶⁶ DE MIGUEL L, Ana María. La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Madrid, Editorial Civitas, 1993, pág. 155. En el mismo sentido: RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNADEZ L, Fernanda. La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo, Madrid, Editorial La Ley- Actualidad, 1998, pág. 111p.

⁶⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNADEZ L, Fernanda. La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo, Madrid. Ob cit, 111-113p.

procedimiento y las indemnizaciones que corresponden al despido indirecto se asimilan al del despido injustificado.

II. CONCEPTO DE DESPIDO INDIRECTO.

1. Definiciones legales y doctrinarias.

Para los profesores Thayer y Novoa, despido indirecto es “ *el término del contrato de trabajo, decidido por el trabajador, observando el procedimiento que la ley le señala, motivado porque el empleador incurrió en causal de caducidad de contrato que le es imputable, lo que da derecho al trabajador para que el tribunal ordene el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y de la por años de servicio con más los recargos legales.*”⁶⁸

Para el profesor Luís Lizama P el despido indirecto es “la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, permitido por el Código del Trabajo, en los casos en que sea el empleador quien incurra en las causales disciplinarias señaladas en los números 1,5 o 7 del artículo 160”⁶⁹.

En similares términos Daniel Nadal S define despido indirecto como “*la instancia creada por la ley, que otorga al trabajador el derecho de poner término por sí mismo, al contrato de trabajo, por estimar que el empleador ha incurrido en alguna o algunas de las causales de los números 1, 5 o 7 del artículo 160 del Código del Trabajo*”⁷⁰.

⁶⁸ THAYER, William A y NOVOA, Patricio F. Manual de Derecho del Trabajo, Tomo III. Ob. cit, pág. 109-110.

⁶⁹ LIZAMA, Luís P. Derecho..., Ob. cit, pág. 170.

⁷⁰ NADAL, Daniel S. El despido en el Código del Trabajo, Santiago, Editorial Lexis nexis, 2004, pág. 429.

La legislación y doctrina mayoritaria española, no utilizan el término “*despido indirecto*”, como sucede en Chile, sino que dentro de las causales de terminación del contrato de trabajo, consideran la “*resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador con causa justificada en el incumplimiento empresarial*” o “*dimisión provocada*”. Esta causal se asemeja a nuestro despido indirecto, con ciertas diferencias en el tratamiento de la institución. Por ejemplo, la sentencia judicial tiene efecto extintivo y consecuencia resarcitoria (indemnizatoria), de modo que sólo si la conducta ilegítima del empleador es relevante a efectos indemnizatorios, lo será a efectos extintivos, esta resolución se basaría en hacer menos arriesgado el error en la decisión de voluntad del trabajador, en cuanto al alcance de la conducta incumplidora del empresario⁷¹.

2. Concepto adoptado en este trabajo y elementos del despido indirecto.

Para los efectos de este trabajo se entenderá por despido indirecto “*el acto unilateral, constitutivo y recepticio, en virtud del cual, el trabajador extingue el contrato de trabajo que lo vincula con el empleador, motivado por el supuesto de que el empleador ha incurrido en determinadas causas subjetivas voluntarias de terminación del contrato de trabajo y que da derecho a solicitar se ordene por el tribunal respectivo, el pago de las indemnizaciones que le correspondieren.*”

El despido indirecto, como se desprende de las distintas definiciones citadas, tiene elementos o requisitos esenciales que lo configuran; dichos elementos se encuentran en el artículo 171 del Código del Trabajo, disposición que trata esta institución en nuestro ordenamiento jurídico. A continuación sólo

⁷¹ RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ L, Fernanda. La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo. Ob. cit, pág.115.

se mencionarán, ya que se analizarán en profundidad en el capítulo III de este trabajo.

Son elementos de la esencia del despido indirecto o autodespido:

a) La voluntad del trabajador de poner término al contrato de trabajo fundado en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones establecidas por el legislador.

b) Que el empleador efectivamente haya incurrido en una causal subjetiva voluntaria⁷² de término del contrato de trabajo establecida por el legislador.

El artículo 171 del Código del Trabajo establece las causales que provocan el despido indirecto, remitiéndose al artículo 160 del mismo cuerpo legal:

Artículo 171 inciso 1º: “Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 o 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato...”

Otra causal incorporada recientemente por el artículo 1º N° 6, letra a) de la ley 20.005, es la establecida en el inciso 3º del artículo 171: *“Cuando el empleador no hubiera observado el procedimiento establecido en el título IV del Libro II, responderá de conformidad a los incisos primero y segundo precedentes”*.

c) El trabajador debe cumplir con comunicaciones administrativas que la ley determina, con el objeto de informar al empleador y a la Inspección

⁷² En los términos del autor William Thayer y Patricio Novoa e Irene Rojas M.

del Trabajo su decisión de poner término al contrato de trabajo. Luego debe iniciar un procedimiento judicial dentro del plazo de 60 días hábiles, contados desde la terminación, para que se cumpla uno de los efectos más importantes del despido indirecto: que el órgano judicial competente ordene el pago de las indemnizaciones correspondientes a su favor, señaladas en el artículo 171 del Código del Trabajo.

III. NATURALEZA JURIDICA Y FUNDAMENTO DEL DESPIDO INDIRECTO.

La doctrina nacional no se ha pronunciado directamente sobre la naturaleza jurídica y el fundamento del despido indirecto, sin embargo, aplicando las normas del derecho común y del derecho laboral en particular se puede llegar a importantes conclusiones.

1. Naturaleza jurídica del despido indirecto.

Como se mencionó en el capítulo anterior, el contrato de trabajo es bilateral, lo que significa que ambas partes se obligan al cumplimiento de las obligaciones que emanan del mismo, por tanto, en caso de incumplimiento debiera aplicarse la condición resolutoria tácita que va envuelta en este tipo de contratos, según lo establecido en el artículo 1489 del Código Civil⁷³.

En materia laboral, sin embargo, la regulación de la extinción del contrato se diferencia enormemente de la del derecho común, ya que se favorecen

⁷³ René Abeliuk M, la define como aquella que va envuelta en todo contrato bilateral, y en que el hecho futuro e incierto que puede provocar la extinción del derecho de una de las partes es el incumplimiento de sus obligaciones. En: Las Obligaciones, Tomo I, Cuarta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 462.
Ver capítulo I, I, N° 2.

principios tales como: el protector, de continuidad laboral, la irrenunciabilidad⁷⁴ y la estabilidad en el empleo.

Entre las diferencias con el derecho común, nos encontramos con que la condición resolutoria tácita, que deriva directamente de la bilateralidad de los contratos, no se aplica, a la relación laboral, o mejor dicho no se aplica tal como se establece en el derecho común, sino que se adecua a los fines y principios del derecho laboral, dando origen a dos instituciones propias, con procedimientos e indemnizaciones reguladas por el legislador, estas instituciones son: por una parte, el derecho del empleador de poner término al contrato a través del despido fundado en causales llamadas voluntarias subjetivas, de caducidad o por culpa, lo que en el derecho laboral español se denomina despido disciplinario, y que, por lo demás, ha tenido un tratamiento extenso y sistemático en la legislación laboral. Por otra parte, se encuentra el derecho del trabajador de poner término al contrato debido al incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones que se encuentran taxativamente establecidas por el legislador, lo que la doctrina nacional ha denominado “*despido indirecto*” o “*auto despido*”. En el derecho argentino se denomina “*denuncia*” y en el español “*dimisión provocada*” o “*resolución por incumplimiento contractual*”, haciendo expresa alusión a la condición resolutoria tácita.

⁷⁴ GAMONAL C, Sergio. Introducción al derecho del trabajo. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1998, pág.132.

Algunos autores nacionales como Patricio Mella C. y Fernando García Ladrón de Guevara, concuerdan con la tesis de que el despido indirecto es aplicación de la condición resolutoria tácita en el derecho laboral. Dicha postura también es la mayoritariamente aceptada por la doctrina española, tal es el caso de Manuel Alonso Olea, Ana María De Miguel Lorenzo, Benigno Pendas Díaz, Martín Valverde, entre otros.

Para Patricio Mella C., atendido el carácter bilateral del contrato de trabajo, la ley laboral también concede la iniciativa en la terminación de la relación laboral al trabajador. Según el autor, no existe razón alguna para impedir al trabajador pedir la resolución por incumplimiento contractual, cuando el empleador es la parte incumplidora y, por tanto, debe enfrentar las consecuencias de su incumplimiento. Señala además, que esta materia tiene un sólido desarrollo doctrinal en el derecho común y no le cabe duda que esos estudios resultan de gran utilidad a la comprensión del auto despido, al cual denomina *“resolución del contrato de trabajo por incumplimiento patronal”*⁷⁵

Para Fernando García Ladrón de Guevara, la naturaleza del despido indirecto se encuentra en la condición resolutoria tácita, sin embargo, acota que siendo el contrato de trabajo de tracto sucesivo, no es aplicable la resolución en su real dimensión, ya que ésta extingue el contrato con efecto retroactivo. El autor explica que en el caso del contrato de trabajo, éste deja de producir efectos, pero no se alteran los ya generados, lo que se denomina terminación,

⁷⁵ MELLA C, Patricio, El despido indirecto o resolución del contrato de trabajo por incumplimiento patronal, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año LXIX, no. 210, Julio / diciembre 2001, pág. 96.

por lo tanto el despido indirecto provocaría la terminación del contrato, que es la resolución aplicable a los contratos de tracto sucesivo ⁷⁶

Como se ha señalado anteriormente, para la doctrina española mayoritaria, compuesta por autores como Manuel Alonso Olea, Benigno Pendas D. y Ana María de Miguel L., el artículo 50⁷⁷ del Estatuto de Trabajadores, es considerado una aplicación en el ámbito contractual laboral, de la resolución por incumplimiento establecida en el artículo 1.124 del CC español⁷⁸, lo que permite al trabajador el ejercicio de la opción entre, exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con derecho a la indemnización por daños y perjuicios en ambos casos⁷⁹. Ana María De Miguel acota, que el Estatuto de Trabajadores no ha realizado una traslación automática de la institución civil, sino que la ha adecuado, a las exigencias específicas de la relación de trabajo, por ejemplo, la ley laboral presume los daños y perjuicios que derivan no sólo del incumplimiento empresarial, sino también de la ruptura misma del incumplimiento, evaluando previamente su cuantía (artículo 50.2)⁸⁰

Otra posición sobre este tema es la del autor nacional Jorge Alfaro F. en su tesis de pregrado y la de Miguel Rodríguez-Piñero y María Fernández en el

⁷⁶ GARCIA L de G, Fernando. "El autodespido o despido indirecto", Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho, 1983, pág. 165. Respecto al carácter de la terminación: ABELIUK M, Rene. Las Obligaciones, Tomo I, Cuarta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 467.

⁷⁷ Artículo que enumera las justas causas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato

⁷⁸ Se asemeja a la condición resolutoria tácita.

⁷⁹ PENDAS D, Benigno, La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, segunda edición, Madrid, Editorial ACARL, 1993. pág.15. En el mismo sentido: DE MIGUEL L, Ana María, ob cit. pág.26.

⁸⁰ DE MIGUEL L, Ana María, ibíd.

derecho español, ellos descartan que el despido indirecto sea una manifestación de la condición resolutoria tácita en el contrato de trabajo, debido a las notables diferencias que hay entre ambas instituciones.

Para Miguel Rodríguez-Piñero y Maria Fernanda Fernández, la condición resolutoria tácita y el despido indirecto son dos instituciones distintas, con un régimen jurídico distinto en función al sentido, al contenido y a la operatividad de la norma laboral. Por una parte, destacan la diferencia en cuanto al objetivo central que, para el despido directo es compensatorio o resarcitorio y en el caso de la condición resolutoria es liberatorio, recuperatorio o restitutorio. Por otra, destacan diferencias en cuanto al procedimiento y a las causales de aplicación, que en el caso de la condición resolutoria amplias y, en caso de la dimisión provocada, son restringidas a determinados incumplimientos empresariales, cualificados en función del perjuicio que ocasionan al trabajador, y tan sólo para proteger el equilibrio y reciprocidad de las prestaciones.⁸¹

El autor Jorge Alfaro considera que existen numerosas diferencias entre ambas instituciones, que impiden la asimilación del despido indirecto a la condición resolutoria tácita, dichas diferencias se deberían al carácter particular de la relación laboral. Las diferencias que plantea el autor son las siguientes:

a) La condición resolutoria tácita es un elemento de la naturaleza de los contratos, por tanto, es una cláusula que las partes pueden expresamente renunciar. En cambio el despido indirecto, en cuanto derecho establecido a favor de los trabajadores, no es renunciable, siéndole aplicable la norma

⁸¹ RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNADEZ L, Maria Fernanda, La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo, Madrid, Editorial La Ley- Actualidad, 1998. Pág133-138.

establecida en el artículo 5° del Código del Trabajo⁸². Esta diferencia, como se ha señalado anteriormente, obedece principalmente al carácter protector del derecho laboral, del cual se desprende, el principio de irrenunciabilidad de los derechos consagrados por el orden público laboral.

b) El incumplimiento de la condición resolutoria tácita puede ser cualquiera, en cambio en el despido indirecto se exige un incumplimiento que esté vinculado a determinadas causales que la ley establece, y que suponen en general una cierta magnitud.⁸³ Esta diferencia se funda en la estabilidad en el empleo, que tiene como herramienta la causalidad de la terminación del contrato de trabajo, lo cual importa, especialmente en el caso en que sea el empleador quien ponga fin al contrato, garantizando que no sea un despido injustificado. Sin embargo, el legislador ha establecido una causal amplia de terminación del contrato de trabajo por culpa de alguna de las partes, que es la N° 7 del artículo 160.

William Thayer y Patricio Novoa, al referirse a esta causal, señalan que *“Esta causal de caducidad, bastante genérica, es una verdadera condición resolutoria de trabajo, pues el negocio jurídico impone obligaciones al trabajador, cuyo incumplimiento grave da derecho al acreedor de trabajo a poner justificadamente término al contrato”*⁸⁴.

c) En el caso de la condición resolutoria tácita, el acreedor tiene el derecho a optar entre exigir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo. Si opta por la resolución del contrato, no necesariamente esta se producirá, puesto que se requiere una declaración judicial y desde ese punto de

⁸² ALFARO F, Jorge, El autodespido en la legislación laboral chilena, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho, 1995. pág. 37-38.

⁸³ ALFARO F, Jorge, ob. cit, pág. 37-38.

⁸⁴ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit., Tomo III, pág. 33-34p.

vista, el juez puede acoger o rechazar la demanda interpuesta por el acreedor cuyo derecho ha sido violado. En cambio, en el auto despido la terminación del contrato se produce siempre, ya sea que el juez califique de procedente o no la causal invocada por el trabajador, en el primer caso, el contrato terminará por auto despido, en el segundo, la terminación será por renuncia del trabajador⁸⁵.

Respecto al derecho alternativo que tiene el contratante cumplidor, en el caso de la condición resolutoria tácita, de exigir el cumplimiento o pedir la resolución no se produce en el despido indirecto, porque éste es efectivamente el acto jurídico unilateral por el cual el trabajador expresa la voluntad de poner termino al contrato de trabajo. El derecho a optar por el cumplimiento forzado de la obligación se refleja a través de otros mecanismos, como son los de carácter administrativo, que se concretan en la denuncia o reclamo ante la Inspección del Trabajo respectiva que tiene potestad tanto fiscalizadora como sancionadora y permiten al trabajador continuar en su puesto de trabajo.

Respecto a la necesidad en el caso de la condición resolutoria tácita, de una declaración judicial para resolver el contrato, esta no se requiere en el caso del despido indirecto, debido a que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, por lo que se aplica como causal de terminación especial de estos contratos el desahucio o renuncia en el caso del trabajador. Es efectivo además, que el desahucio prácticamente se ha eliminado de nuestra legislación, en el caso de que el empleador sea quien tiene intención de ponerle fin a la relación laboral, por aplicación del principio protector y la estabilidad en el empleo, pero no

⁸⁵ ALFARO F, Jorge, *ibíd.*

existen las mismas razones para limitarlo en el caso del trabajador. Cabe destacar que sí se requiere de una declaración judicial para el pago de las indemnizaciones, lo que sucede tanto en el caso del despido indirecto como de la condición resolutoria tácita.

A pesar de estar de acuerdo con la existencia de diferencias entre ambas instituciones, creemos que priman las similitudes en el fundamento y los objetivos de la condición resolutoria tácita, los que se cumplen a través del despido indirecto.

Luego de repasar las distintas posiciones frente a la naturaleza jurídica del despido indirecto, podemos concluir que es un acto jurídico unilateral, extintivo, a través del cual el trabajador hace efectivo uno de los derechos alternativos del contratante que ha cumplido, esto es, el de poner término al contrato cuando la contraparte, en este caso el empleador ha incumplido, hecho que sucede si incurre en una de las causales expresamente establecidas por la ley, provocando el efecto indemnizatorio previa declaración judicial.

La posición planteada, de asimilar el despido indirecto en el derecho laboral a la condición resolutoria tácita del derecho común, permite que se conserve el fundamento de esta última institución, el cual está dado principalmente por el principio de equidad, el carácter de sanción para el contratante incumplidor, de protección para el contratante cumplidor y diligente. Además, permite que no se alteren los principios y fines propios del derecho laboral, sino que se protejan y fortalezcan.

Por otro lado, cabe aclarar que el despido indirecto tiene en común con el desahucio o renuncia por parte del trabajador⁸⁶, la voluntad unilateral de una de

⁸⁶ Formas de terminación del contrato características de los contratos de tracto sucesivo

las partes poner término al contrato, sin embargo, existe una diferencia fundamental que además es elemento esencial del despido indirecto, es el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones establecidas taxativamente en la ley, el cual en caso de configurarse, produce como efecto la obligación de éste de pagar las indemnizaciones que le correspondan al trabajador.

2. Fundamento del despido indirecto.

Al indagar en el fundamento del despido indirecto, lo que se intenta determinar es el objeto o fin de éste dentro de la relación laboral. De lo expuesto en el punto anterior se desprende, por un lado, que el fundamento es similar al de la condición resolutoria tácita en el derecho común, y por otro lado, que también se encuentran en los fines y principios que informan el derecho laboral en particular.

El despido indirecto tiene en común con la condición resolutoria tácita, los siguientes fundamentos:

a) La equidad y justicia que se manifiesta, en el hecho de que si una de las partes no cumple sus obligaciones en un contrato bilateral, la otra pueda a su vez, desligarse del vínculo jurídico, dejando sin efecto el contrato⁸⁷.

b) El reconocimiento de la voluntad del contratante cumplidor, de no seguir ligado a la contraparte que no ha cumplido con sus obligaciones.

c) Que ha sido establecido por el legislador como medida de protección al contratante cumplidor y sanción al incumplidor. En este punto el fundamento del despido indirecto pasa a relacionarse con el derecho laboral, ya

⁸⁷ ABELIUK M, Rene, ob. cit, Tomo I, pág. 463.

que la protección y sanción, que son fines de la condición resolutoria tácita del derecho común, deben verse desde la óptica particular del derecho el laboral. Por lo tanto, los fines u objetivos que derivan propiamente del derecho laboral serian los siguientes:

c.i) El despido indirecto cumple un fin protector, ya que, partiendo de la base, muy propia del derecho laboral, como es la desigualdad negociadora entre los sujetos de la relación laboral, concede al trabajador, que es quien se encuentra en una situación de desventaja, esta institución que frena o evita que el empleador incumpla ciertas obligaciones que, por su relevancia, el legislador ha establecido y que el empleador, por su posición de superioridad, podría fácilmente vulnerar como en el caso de malos tratos, acoso sexual o vías de hecho, ya que impone como sanción el pago de una indemnización establecida por ley. En el caso de no existir el despido indirecto, si el trabajador decidiera impulsado por estos incumplimientos, poner término a la relación laboral, no tendría derecho a dicha indemnización.

En el sistema de estabilidad relativa, el despido indirecto se justifica y cobra importancia, ya que es el mecanismo que posee el trabajador para poner término a la relación laboral sin perder las indemnizaciones que le corresponderían en caso de ser despedido injustificadamente.

El despido indirecto también cumple con el fin de protección, porque las causales que establece el artículo 171 del Código del Trabajo, están acompañadas de recargos⁸⁸ a las indemnizaciones. Ello constituye no sólo una sanción para el empleador, sino también una norma de protección al trabajador. El legislador ve que las partes no se encuentran en un plano de igualdad, como

⁸⁸ Recargos introducidos por las leyes 19.010 y 19.759

ocurre en el derecho común y en estos recargos se concretiza, en cierta medida, una corrección a la desigualdad, favoreciendo al trabajador.

c.ii) El despido indirecto cumple un fin sancionador, que se traduce en la privación de los beneficios del contrato para el empleador y el pago de la indemnización por años de servicio, más la sustitutiva del falta de aviso previo y los recargos que ya se han mencionado, que constituyen una sanción extra, en atención a la gravedad de la causal. Además, en ciertos casos se establece expresamente la posibilidad de otras indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador, por ejemplo, por daño moral.

c.iii) Un fin relativamente nuevo del despido indirecto es la protección a los derechos fundamentales dentro de la empresa. No se trata de que recientemente los trabajadores tengan derechos fundamentales, sino que estos no se habían relacionado con el derecho laboral, principalmente por la dificultad que presenta el deber de subordinación y dependencia. Respecto a esta dificultad, un paso importante fue la introducción del inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo, por la ley 19.759, en el cual se limita el ejercicio de las facultades del empleador al respeto de las garantías constitucionales de los trabajadores.

En este contexto, el despido indirecto es un mecanismo de protección, vía intervención judicial, de los derechos fundamentales del trabajador que son vulnerados y caben dentro de las causales de terminación establecidas por la ley. Por ejemplo, el trabajador considera que una conducta de acoso sexual está vulnerando sus derechos fundamentales de honra e intimidad, derecho a la integridad física y síquica, a la no discriminación, ante lo cual el tribunal deberá

pronunciarse, ya sea estimando justificada o no la aplicación del despido indirecto.⁸⁹

Finalmente, cabe agregar que el despido indirecto es un mecanismo de último recurso, debido al alto costo que el trabajador debe pagar por su utilización, ya que pierde irrevocablemente su puesto de trabajo y remuneración. Alternativo al despido indirecto existe la vía administrativa, a la cual el trabajador puede recurrir al verse enfrentado a la mayoría de los hechos que fundan las causales de despido indirecto.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL DESPIDO INDIRECTO.

Son características del despido indirecto:

a) Es un acto jurídico unilateral que extingue la relación laboral. Es importante destacar que en nuestra legislación, una vez que el trabajador expresa su voluntad de poner término al contrato a través de esta institución, siguiendo el procedimiento establecido por la ley, se resuelve el contrato. Por tanto, es una manifestación de voluntad irrevocable.

Cuando el juez concluye que el empleador no ha incurrido en la causal subjetiva imputada, se entenderá que el contrato de trabajo ha terminado por renuncia del trabajador, conforme a lo dispuesto en el artículo 171 inciso quinto del Código del Trabajo⁹⁰

⁸⁹ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Interpretación..., ob. cit, pág.181.

⁹⁰ ALFARO F, Jorge, ob. cit, pág. 31.

b) Es una forma de terminación fundada en una o más causales establecidas taxativamente en la ley. El juez es el encargado de determinar si efectivamente el empleador ha incurrido en un acto configurativo de una o más de las causales taxativamente establecidas en la ley. Cabe señalar que la enumeración de las causales sólo se incorpora con la entrada en vigencia de la ley 19.010 de 1991; con anterioridad a ella la ley dejaba al criterio del juez determinar que causales eran aplicables a esta institución.

c) El ejercicio del despido indirecto es facultativo del trabajador, es decir, él decide si le pone término al contrato de trabajo, si perdona la causal o recurre a otros mecanismos de protección de los derechos que se están vulnerando por el empleador. El inciso 1° del artículo 171 del Código del Trabajo determina esta característica al establecer “...*el trabajador podrá poner término al contrato de trabajo y recurrir al juzgado respectivo...*”

d) La facultad de hacer o no uso del despido indirecto por parte del trabajador es un derecho irrenunciable. Es un derecho que opera a favor del trabajador y como tal es aplicable la norma establecida en el inciso 2 del artículo 5° del Código del Trabajo, que establece “*Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo*”⁹¹.

e) El despido indirecto se encuentra reglamentado por ley, ya que tanto las causales como el procedimiento y los efectos del despido indirecto se establecen en el Código del Trabajo, actualmente en el artículo el 171 de dicho cuerpo legal, el cual se remite expresamente a otras normas del Código del Trabajo, lo que permite una mejor comprensión de la institución.

⁹¹ ALFARO F, Jorge, ob. cit, pág. 31.

f) El efecto indemnizatorio del despido indirecto requiere declaración judicial, a la cual se llega a través de un procedimiento judicial establecido por el legislador.

V. EVOLUCION HISTORICA DEL DESPIDO INDIRECTO EN LA LEGISLACION CHILENA.

El despido indirecto se enmarca dentro de la terminación del contrato de trabajo, materia que, como hemos visto en el Capítulo I, ha sufrido numerosos cambios. El despido indirecto ha ido adquiriendo forma y mayor relevancia a lo largo de las distintas modificaciones de las que ha sido objeto. Tiene sus primeros atisbos en la normativa del Código del Trabajo de 1931, lo que demuestra que esta institución está íntimamente ligada a la evolución del derecho laboral y consagra un derecho para el trabajador, que desde los inicios se ha tenido en cuenta. Sin embargo, es con la ley 16.455 que esta institución toma forma, es tratada en una sola disposición, se establece un procedimiento y se confirma con claridad uno de sus efectos más importantes: la procedencia de las indemnizaciones que le corresponden al trabajador.

En este punto del capítulo se analizará la evolución del despido indirecto en nuestra legislación laboral, se estudiarán los cuerpos legales que lo han regulado directamente, a fin de lograr un estudio más completo y profundo que permita contextualizar la institución en la legislación laboral actual y determinar su importancia.

Previo a iniciar el estudio de nuestra legislación y sin pretender ahondar mayormente en otras legislaciones, resulta interesante mencionar que esta institución ya se consideraba parte del derecho laboral, por la doctrina y la legislación comparada a mitad del siglo XX. Por ejemplo, el autor argentino Juan D. Pozzo, en 1948 expresaba *“Si el derecho no puede permanecer ajeno a actitudes del empleado para con su empleador, permitiendo a éste poner fin a*

*la relación contractual sin imponerle obligación para con su subordinado, ya sea de preaviso o de indemnización, tampoco puede pretenderse que un empleado pueda seguir vinculado a su empleador cuando éste crea determinadas situaciones que lo ponen en trance de renunciar a su empleo. Y agregaba que existen, pues justas causas que autorizan al empleado a darse por despedido de su empleo y a exigir el pago de las indemnizaciones por preaviso y por antigüedad”.*⁹²

El autor señala que las legislaciones laborales alemana, mexicana y brasileña vigentes en 1948 establecían expresamente las causales que justificaban la denuncia del contrato (despido indirecto) por el trabajador, dando derecho a las indemnizaciones correspondientes. Además, existían otras legislaciones que se limitaban a expresar, en una fórmula general, las causas que autorizaban la denuncia del contrato, tales como la italiana y la argentina. Esta última establecía como causal genérica de despido indirecto *“la injuria que una de las partes haya hecho a la seguridad, al honor o a los intereses del otro o de su familia”*⁹³.

1. El despido indirecto antes de la ley 16.455 de 1966.

Como ya se ha mencionado, el Código del Trabajo de 1931- que es un refundido de leyes sociales ordenado por el decreto con fuerza de ley N° 178 de 1931- estableció las primeras normas que se relacionaron con el despido indirecto, éstas se encontraban dentro del título IV *“Del Contrato para empleados particulares”* números IX y X. En el número IX, llamado *“De la*

⁹² POZZO, Juan Domingo, Derecho del trabajo, Tomo II, Buenos Aires, Ediar Soc. Anón Editores, 1948, pág. 598-599.

⁹³ POZZO, Juan Domingo, ob. cit, Tomo II, pág. 601-602.

terminación del contrato”, se encontraba el artículo 164, que establecía las causales de caducidad del contrato dentro de las cuales importan las siguientes:

Artículo 164 N° 8 *“Las injurias, maltrato o actos de una de las partes que comprometan la seguridad personal, el honor o los intereses de la otra”*

N° 9 *“La retención de los sueldos y comisiones del empleado por mas de un mes”*

N° 10 *“La falta grave a cualquiera de las obligaciones que impone el contrato”*

Si el empleador incurría en una de las causales de caducidad indicadas, le correspondía al trabajador la indemnización por años de servicio. Este efecto se desprende de lo dispuesto en el artículo 175 N° 3 - que se encontraba dentro del número X *“De la indemnización por años se servicios”*- .

Artículo 175: *“No procederá la indemnización por años servidos: N° 3 En los casos de caducidad del contrato por las causales del artículo. 164, con excepción de los números 2,4, 9, y 8 y 10 en sus casos”*

Por tanto, la manera de hacer efectiva la indemnización por años servidos era a través de lo que hoy llamamos *“despido indirecto”*. Respecto al procedimiento, a falta de disposición expresa, se debió aplicar el procedimiento general regulado en el libro IV del mismo Código.

La indemnización por años servidos, aplicada a contar de diciembre de 1931, era equivalente a un sueldo mensual por cada año completo de servicios, considerando todo sueldo hasta un máximo de mil pesos. El tiempo se computaba desde el día en que el empleado ingresaba al servicio hasta el día del cese de los mismos.

2. El despido indirecto en la ley 16.455 de 1966.

a. Regulación.

Se encontraba regulado en el inciso 3 del artículo 9°, en los siguientes términos:

“Si quien incurriere en alguna de las causales enumeradas en el artículo 2° de esta ley, en lo que le sean aplicables, fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al respectivo juzgado para que éste, de acuerdo con las normas de los artículos 7° y 8° de la presente ley, fije la indemnización que proceda sin perjuicio de las acciones civiles y criminales que el trabajador pudiere deducir en contra del empleador”

Las causales justificadas de terminación del contrato enumeradas en el artículo 2° de la ley 16.455 eran 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 periodo 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 maquina 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 trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo sin permiso del empleador o de quien lo represente, y*

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

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 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...*

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

b. Observaciones al despido indirecto en la ley 16.455:

a) Respecto a las causales justificadas que podía invocar el trabajador, la disposición en comento era amplia, ya que no señalaba expresamente cuales se aplicaban a esta institución, dejándolo al criterio del tribunal. Sin embargo, siguiendo una interpretación acorde al concepto del despido indirecto, se requería que el empleador incurriera en una causal subjetiva voluntaria⁹⁴. En el caso de esta ley, eran las establecidas en los números 2, 4 y 11 del artículo 2°, que son similares a las que se encuentran enumeradas taxativamente en la norma vigente y que se analizan en el siguiente capítulo.

b) Durante la vigencia de esta ley el trabajador ponía término a la relación laboral a través de la institución en estudio por las causales ya indicadas, dando aviso a su empleador con treinta días de anticipación. Este aviso debía ser firmado por el interesado y el Presidente del Sindicato o el delegado de personal o ratificado por el trabajador ante la Inspección del Trabajo respectiva. El aviso constituía una fase administrativa previa al procedimiento judicial.

El reglamento para la aplicación de la ley 16.455, fijado por decreto supremo N° 464 del Trabajo de 1967, recomendaba además, que el trabajador diera aviso a la Inspección del Trabajo respectiva, artículo 4° *“Cuando el trabajador decida poner término al contrato de trabajo por causa imputable al empleador, sin perjuicio de iniciar los recursos judiciales que le acuerda la ley,*

⁹⁴ Clasificación utilizada por William Thayer A, Patricio Novoa F. e Irene Rojas M. Ver capítulo I, II, N° 4 , letra a).

podrá en resguardo de sus derechos, comunicar su resolución a la Inspección del Trabajo en forma verbal o escrita”⁹⁵

Respecto al procedimiento a seguir, de carácter judicial, la ley 16.455, establecía que el trabajador debía interponer una reclamación judicial a fin de obtener que el tribunal respectivo- Juzgado especial del trabajo con asiento en la comuna donde el trabajador prestaba sus servicios o en su defecto el establecido en el artículo 6°- de acuerdo a las normas de los artículos 7° y 8° ordenara el pago de la indemnización que procediere.

El artículo 7° regulaba el procedimiento a seguir que en resumen era el siguiente: el Juzgado conocía y resolvía la reclamación en única instancia, sin forma de juicio, previa audiencia de las partes, audiencia a la que debían concurrir con sus medios de prueba y que se celebraba con las partes que asistían.

En todos los trámites de la gestión, las partes podían comparecer personalmente sin necesidad de patrocinio de abogado.

El procedimiento tenía una duración máxima de 15 días hábiles, contados desde la notificación a las partes de la reclamación interpuesta.

El juez apreciaba la prueba y fallaba en conciencia. Las resoluciones que se dictaban en los trámites del proceso no eran susceptibles de recurso alguno.

La notificación de la reclamación y de la sentencia se realizaba por un funcionario del Juzgado o por Carabineros, personalmente o por cédula a la parte respectiva

⁹⁵ ALFARO F, Jorge, ob. cit, pág. 37-38

c) Respecto a la indemnización a que hacía referencia el artículo 9°, se regía por el artículo 8°. Dicho artículo establecía que la indemnización no podía ser inferior a un mes por cada año de servicios, continuos o discontinuos prestados a la misma empresa y fracción no inferior a seis meses. Esta indemnización era sin perjuicio de cualquier otro beneficio o indemnizaciones que las leyes o contratos otorgaran al trabajador, lo cual se complementaba con lo dispuesto en el artículo 9°, según el cual, la indemnización fijada de acuerdo a los parámetros ya mencionados era sin perjuicio de las acciones civiles y criminales que el trabajador pudiere deducir en contra del empleador.

El empleador, además, debía enterar a la respectiva institución de previsión una suma equivalente a la totalidad de las cantidades que hubiere debido recibir el trabajador por subsidio de cesantía.

3. El despido indirecto en el Decreto Ley 2.200 de 1978.

a. Regulación.

Se encontraba regulado en los incisos 3, 4, 5 y 6 del artículo 19, en los siguientes términos:

“Si quien incurriere en una de las causales enumeradas en los artículos 14° y 15° de esta ley, en lo que sean aplicables, fuera el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato, y aquel deberá pagarle la indemnización del artículo. 16° o 17°, según corresponda. Para este efecto, el trabajador comunicará la terminación a la respectiva Inspección del Trabajo, por escrito o verbalmente, dentro de quinto día hábil, dejándose constancia escrita de la causal invocada y de los hechos que la constituyen. El inspector del trabajador competente notificará de inmediato estas actuaciones al empleador o a quien le represente, diligencia que practicará personalmente, debiendo

señalar en forma íntegra el apercibimiento del inciso quinto del presente artículo.

En el caso del inciso anterior, el empleador dispondrá del plazo fatal de quince días hábiles, contado desde la notificación personal, para reclamar de la terminación del contrato ante el respectivo tribunal del trabajo.

Rechazado por sentencia ejecutoriada el reclamo del empleador, o transcurrido el plazo del inciso anterior sin que se presentare reclamo, el trabajador podrá cobrar la indemnización que le corresponde por la vía ejecutiva, sirviendo de suficiente título la referida sentencia, el aviso del trabajador a la Inspección del Trabajo, el cual deberá consignar timbre y fecha de recepción, o la copia autorizada del acta suscrita ante esa misma Inspección

Si el tribunal acogiere el reclamo del empleador, se entenderá que el contrato ha terminado por desahucio del trabajador”.

El Decreto Ley 2.200 siguió el criterio de la ley 16.455 en cuanto a no especificar cuáles eran las causales aplicables al despido indirecto, por tanto, aplicando la clasificación de causales subjetivas voluntarias atribuibles al empleador, las causales aplicables a esta institución eran las siguientes:

Artículo 14 N° 1 “Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada

N° 5 Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo.

Las causales del artículo 15 tuvieron su origen en el artículo 2° bis de la ley 16.455, el cual fue incorporado por el artículo 2° del Decreto Ley 930 de 1975 (las causales incorporadas por ese artículo no fueron aplicables al despido indirecto durante la vigencia de la ley 16.455, ya que no fue modificado el

artículo 9°, que se refería al despido indirecto, señalando que también serían aplicables dichas causales) y se caracterizaban porque no tenían que ver con la relación laboral, sino que con actividades perjudiciales a la seguridad del Estado⁹⁶.

El artículo 15 resultó prácticamente inaplicable al del despido indirecto, debido a lo difícil que era que se configuraran los supuestos. Las causales establecidas por el artículo 15 eran las siguientes:

Nº 1 Comisión de actos ilícitos que impidan al trabajador concurrir a su trabajo o cumplir con sus obligaciones laborales;

Nº 2 Atentado contra bienes situados en las empresas;

Nº 3 Comisión de actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o mercaderías, o disminuyan su valor o causen su deterioro;

Nº 4 Dirección o participación activa en la interrupción o paralización ilegales de actividades, totales o parciales, en las empresas o en los lugares de trabajo, o en la retención indebida de personas o bienes;

Nº 5 Incitación a destruir, inutilizar instalaciones públicas o privadas, o la participación de hechos que dañen, y

⁹⁶ ALFARO F, Jorge, ob. cit, pág. 41.

Nº 6 Comisión de un delito establecido en la ley 12.927, sobre la seguridad del Estado, o en la ley 17.798, sobre control de armas y sus modificaciones.

b. Observaciones al despido indirecto en el DL 2.200:

a) Respecto a las causales aplicables al despido indirecto, se suprimió la establecida en el artículo 2º Nº 4 de la ley 16.455 y se agregaron las ya mencionadas del artículo 15.

b) El procedimiento para lograr que se ordenara el pago de las indemnizaciones sufrió numerosos cambios:

En primer lugar, el Decreto Ley 2.200 estableció un procedimiento administrativo que se seguía ante la Inspección del Trabajo respectiva, previo al judicial:

Artículo 19 inciso 3 “El trabajador comunicará la terminación a la respectiva Inspección del Trabajo, por escrito o verbalmente, dentro de quinto día hábil, dejándose constancia escrita de la causal invocada y de los hechos que la constituyen. El inspector del trabajo competente notificará de inmediato estas actuaciones al empleador o a quien le represente, diligencia que practicará personalmente, debiendo señalar en forma íntegra el apercibimiento del inciso quinto del presente artículo”.

En segundo lugar, varió el procedimiento judicial establecido por la ley 16.445, en los siguientes términos:

Ya notificado personalmente el empleador por el inspector del trabajo (ya no por un funcionario del tribunal o carabineros), tenía la posibilidad de tomar alguna de las siguientes actitudes:

Primera actitud: reclamar de la terminación del contrato de trabajo ante el tribunal competente, dentro del plazo de 15 días hábiles desde su notificación, caso en el cual el procedimiento se judicializaba (artículo 19 inciso 4) pasando el tribunal a conocer y resolver la reclamación. El tribunal podía rechazar el reclamo a través de la sentencia, la que una vez ejecutoriada servía de título ejecutivo al trabajador para cobrar la indemnización correspondiente a través de la vía ejecutiva (artículo 19 inciso 5), o acoger el reclamo, caso en el cual se entendía que el contrato había terminado por desahucio del trabajador (artículo 19 inciso 6). Por tanto, en caso de que el empleador reclamara, se judicializaba el procedimiento con posterioridad al administrativo.

Segunda actitud: no presentar reclamo dentro del plazo establecido, caso en el cual el trabajador podía acceder a la indemnización que le correspondía por la vía ejecutiva, sirviendo de título, el aviso del trabajador a la Inspección respectiva o la copia del acta suscrita ante la misma Inspección (artículo 19 inciso 4).

c) Respecto a las indemnizaciones que pretendía el trabajador, el artículo 19 se remitía a las del artículo 16 o 17 según correspondiere.

El artículo 16 se refería a los trabajadores en general, establecía que la indemnización era equivalente a la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente al mismo empleador, la cual era compatible con la indemnización por aviso previo, en dinero efectivo, equivalente a la última remuneración mensual devengada.

El artículo 17 establecía situaciones especiales de desahucio, lo cual se traducía en situaciones especiales de indemnización, en atención al tipo de trabajador. El artículo 17 se refería a los trabajadores con poder para representar al empleador como gerentes, agentes, apoderados, trabajadores

con menos de un año de antigüedad en la empresa, trabajadores que servían en cargos o empleos de exclusiva confianza del empleador, cuando esa naturaleza emanaba del cargo mismo y los empleados de casa particular, a los cuales no se aplicaba el despido indirecto⁹⁷

El régimen indemnizatorio establecido por el Decreto Ley 2.200, fue modificado por la ley 18.018 de 1981 y 18.032 de 1984, por lo que también fue modificado el artículo 19, que regulaba el despido indirecto. La ley 18.018, estableció que sólo correspondía pagar al trabajador la indemnización del artículo 16 del Decreto Ley 2.200 y no la del artículo 17, es decir, eliminó las situaciones especiales de indemnización respecto de ciertos trabajadores. El artículo 16 fue modificado por el artículo 1° N° 11 de la ley 18.018, que estableció la posibilidad de indemnización pactada por las partes, sin límite mínimo y, en caso de no ser pactado, estableció un máximo legal en los siguientes términos:

“Solo a falta de estipulación, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicios y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá como límite máximo de cincuenta días de remuneración”

Las indemnizaciones ya mencionadas sólo eran compatibles con la de aviso previo *“La indemnización a que se refiere este artículo será compatible con la que corresponda al trabajador según lo establecido en la letra f) del artículo. 13”*

⁹⁷ ALFARO F, Jorge, ob. cit, pág. 45.

La ley 18.032 modificó el régimen indemnizatorio fijado por la ley 18.018, influyendo en el monto de la misma.⁹⁸

4. El despido indirecto en el la ley 19.010 de 1991.

a. Regulación.

El despido indirecto se encontraba regulado en el artículo 13, en los siguientes términos:

Artículo 13 “Si quien incurriere en las causales de los números 1,5 o 7 del artículo. 2° fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de 60 días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso 4° del artículo. 4° y en los incisos 1° o 2° del artículo. 5°, según corresponda, aumentada en un 20% en el caso de la causal N° 7°; en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un 50%.

Si se establece que la causal en que ha incurrido el empleador es la de los números 1,5 ó 6 del artículo. 2°, la indemnización del artículo. 5° será fijada por el juez de la causa y su monto máximo será el señalado en el último inciso del artículo 10.

El trabajador deberá dar los avisos a que se refiere el artículo. 4° en la forma y oportunidad allí señalado.”

⁹⁸ Ver capítulo I, II, N° 3, letra c).

b. Observaciones al despido indirecto en la Ley 19.010:

a) En primer lugar, enumeró las causales por las cuales procedía el despido indirecto, dejando atrás la fórmula utilizada por las normas anteriores que dejaban a la decisión judicial cuales eran aplicables.

Las causales establecidas por el artículo 13 de la ley 19.010 fueron:

Nº 1 Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada.

Nº 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.

Nº 7 Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

En el inciso segundo, se agregaba a las causales ya mencionadas, la causal Nº 6 del artículo 2º, la cual consistía en el perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías por el empleador. Dicha causal generó controversia en la doctrina, para algunos autores, la ley mencionaba dicha causal, por tanto, debía ser considerada efectivamente, para otros, era una equivocación del legislador, redundaba y sólo se prestaba para confusión. En este sentido, el autor Marcos Paredes, sostiene que no era más que un error de transcripción, al intentar reforzar la idea, por lo demás era redundante, de que

en caso de una causal de mayor gravedad el trabajador debía tener derecho a una indemnización mayor.⁹⁹

Durante la vigencia de la ley 19.010 no se suprimió del inciso segundo la causal N° 6 del artículo 2°, sin embargo, fue de muy difícil su configuración, ya que no sólo el empleador debía causar un perjuicio intencional, sino que además, debía afectar directamente al trabajador, por ejemplo, en su salud o remuneraciones, por lo que no existe jurisprudencia al respecto. El citado inciso es suprimido finalmente por la ley 19.630 de 1999.

b) En segundo lugar, modificó el procedimiento administrativo que había establecido el Decreto Ley 2.200, quedando reducido a la comunicación administrativa, que consistía en la obligación del trabajador de comunicar la terminación del contrato al empleador dentro de los 3 días hábiles siguientes, personalmente o por carta certificada, expresando la o las causales invocadas con copia a la Inspección del Trabajo respectiva dentro del mismo plazo.

Modificó el procedimiento judicial, ya no se iniciaba con la reclamación del empleador, sino que el trabajador debía recurrir a la instancia judicial para que el tribunal ordenara el pago de las indemnizaciones correspondientes, dentro del plazo de 60 días hábiles desde la terminación, siguiendo el procedimiento común. Es decir, se volvió en este aspecto, a lo establecido por la ley 16.455.

⁹⁹ PAREDES Z, Marcos, El despido indirecto, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Derecho, 2002, pág.83.

c) Finalmente, respecto a la indemnización que correspondía al trabajador hay importantes modificaciones:

El trabajador podía solicitar el pago de la indemnización por años de servicio que las partes hubieren convenido, siempre que el monto fuere superior al legal (inciso 1 del Artículo 5°) o el legal, en el caso de falta de estipulación o que la convencional no cumpliera con los requisitos ya señalados. El monto de la indemnización legal por años de servicio fue aumentada por la ley 19.010, quedando en el equivalente a 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses prestados continuamente a dicho empleador, teniendo como límite máximo trescientos treinta días de remuneración.

Se agregó expresamente la indemnización sustitutiva del aviso previo (contenida en el inciso 4 del artículo 4°) equivalente a la última remuneración devengada.

Se establecieron recargos a la indemnización. En caso de que el juez estableciera que efectivamente el empleador había incurrido en la causal invocada por el trabajador, la ley 19.010 disponía que se aumentaba la indemnización por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, en un 20% en caso de la causal fuera la del N° 7 del artículo 2°, y en un 50% en caso de las causales de los N° 1,5 6 del mismo artículo. Este aumento fue indiscutiblemente una sanción para el empleador.

Cabe agregar que el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1994 fija el texto del actual Código del Trabajo refundiendo entre otras leyes la 19.010 de 1991, quedando el despido indirecto en el artículo 171 del Código del Trabajo, cambiando también la numeración de los artículos a los cuales se remitía, todo lo cual, se mantiene hasta hoy.

5. El despido indirecto en el la ley 19.759 de 2001

La ley 19,759, no introdujo cambios sustanciales en la regulación del despido indirecto, sólo modificaciones que tienen como objeto armonizar los recargos indemnizatorios¹⁰⁰ ya mencionados. La ley en comento modificó los recargos, en caso de que el empleador incurriera en la causal N° 7 lo aumentó a un 50% y en caso de las causales N° 1 y 5 hasta en un 80%

6. El despido indirecto en el la ley 20.005 de 2005.

Esta ley que tipifica y sanciona el acoso sexual, introdujo en la letra b) del N° 1 del artículo 161 del Código del Trabajo una nueva causal de terminación del contrato de trabajo, el acoso sexual, la cual se incorporó como causal del despido indirecto, por remisión del artículo 171 al 160 N° 1.

Incorporó además, tres nuevos incisos al artículo 171. El inciso 2, que faculta al trabajador, en el caso de las causales de las letra a) y b) del N° 1 del artículo 160, a reclamar del empleador, además de las indemnizaciones establecidas en el inciso 1 del artículo 171, las otras a que tenga derecho, lo cual alude a la indemnización del daño moral, tema que se analizará con mayor detención en el capítulo IV.

Incorporó un nuevo inciso 3, que se refiere a la falta de observancia por parte del empleador del procedimiento establecido en el título IV del libro II sobre la investigación y sanción del acoso sexual. Este inciso se tratará con mayor detención al momento de analizar en el capítulo III

¹⁰⁰ WALKER E, Francisco E., NOVOA F, Patricio y TAPIA G, Francisco G, Modificaciones al código del trabajo, ley 19.759. En: Charlas efectuadas 20 y 22 de noviembre de 2001. Santiago, Colegio de abogados de Chile. pág. 31.

Incorporó un nuevo inciso final al artículo 171 del Código del Trabajo, que se refiere a las sanciones a las que podría someterse al trabajador que falsamente, con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada o incluso maliciosamente, hubiese invocado la causal de acoso sexual.

CAPITULO III. REQUISITOS O ELEMENTOS DEL DESPIDO INDIRECTO.

El despido indirecto, como todo acto jurídico, requiere para su configuración de la concurrencia de elementos esenciales -los cuales se asimilan a los requisitos de existencia-. En este capítulo trataremos de manera especial, los elementos o requisitos esenciales específicos del despido indirecto, es decir, aquellos requeridos para el acto jurídico en especial, que constituyen su esencia y cuya omisión impide que se produzcan sus efectos propios ¹⁰¹ .

I. REQUISITOS DE FONDO DEL DESPIDO INDIRECTO.

1. La voluntad del trabajador de poner término a la relación laboral:

La voluntad es un requisito general DE todo acto jurídico. En el caso del despido indirecto, el trabajador debe manifestar su voluntad de poner término a la relación laboral, por haber incurrido el empleador en incumplimiento de ciertas obligaciones expresamente establecidas en la ley, que veremos en la próxima sección.

En relación a este requisito surgen dos interrogantes, primero: ¿Cómo manifiesta el trabajador su voluntad al empleador?, segundo ¿Cuál es el plazo con el que cuenta el trabajador para expresar su voluntad?

Sobre la primera pregunta, el inciso 4 del artículo 171 dispone: *“El trabajador deberá dar los avisos a que se refiere el artículo 162 en la forma y*

¹⁰¹ VIAL del R, Víctor, Teoría del acto jurídico. Volumen I, Cuarta Edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000, pág. 35.

oportunidad allí señalados”, es decir, debe dar aviso a su empleador personalmente o por carta certificada enviada a su domicilio, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda y remitir una copia del mismo a la Inspección del Trabajo respectiva. De esta disposición se desprende, en un primera aproximación, que los avisos constituyen la solemnidad a través de la cual el trabajador manifiesta su voluntad de poner término al contrato, por despido indirecto. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria ha sostenido que, la omisión de cualquiera de estas formalidades no impide al trabajador gozar de las indemnizaciones por despido indirecto¹⁰². Por ejemplo, en sentencia de 3 de julio de 2005, la Corte Suprema señala que la falta de aviso previo *“se trataría de un vicio formal no susceptible de ser atacado por la vía de un recurso de derecho estricto como el de que se trata, tampoco acarrearía, la sanción que indica el recurrente, puesto que ello sólo podría dar lugar a una sanción de carácter administrativa, pero que , en todo caso, no se aplica al trabajador, como reiteradamente lo ha resuelto esta Corte”*¹⁰³. La Corte de Apelaciones ha fallado en igual sentido (Corte de Santiago, 06.04.94)¹⁰⁴⁻¹⁰⁵. De lo anteriormente expuesto se puede concluir que dichos avisos no tienen el carácter de solemnidades, pero son la manera más óptima manifestar la voluntad. En caso de omitirse dichos avisos, la manifestación de la voluntad se expresaría tácitamente, simplemente dejando

¹⁰² CS, 26.04.95, Rol N° 4.095-95, citada por LIZAMA P, Luís, Derecho..., ob. cit, pág.162.

¹⁰³ CS , 03.07.2005, Rol 229-2005, www.lexisnexus.cl, Jurisprudencia on-line

¹⁰⁴ NADAL S, Daniel, ob. cit, pág. 434.

¹⁰⁵ Para William Thayer y Patricio Novoa, el trabajador pierde el derecho a la indemnización por años de servicio si al poner término al contrato omite los aviso previstos por la ley, esto en atención a la sentencia de la CS, Rol 5.694, 24.04.992. En THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit., Tomo III, pág. 110.

de asistir al trabajo, o en último caso con la interposición de la demanda por las indemnizaciones correspondientes.

Respecto a la interrogante, sobre la oportunidad o el plazo para manifestar la voluntad de ponerle término al contrato de trabajo, desde que se producen los hechos que configuran la causal, el legislador se limita a establecer en el inciso 1 del artículo 171 que “...*el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles contados desde la terminación.*” Ello no responde la pregunta, ya que se refiere al plazo una vez terminado el contrato de trabajo.

Sobre este tema la Corte Suprema se ha pronunciado estableciendo el siguiente criterio: “*para demandar por despido indirecto en los términos del artículo 171 del Código, no existe un plazo perentorio, no existe término alguno dentro del cual debe presentarse la demanda; agrega que puede, en todo caso, estimarse que el actor debe intentar tal demanda por despido indirecto dentro de un plazo debidamente razonable, contado desde la decisión del empleador, expirado el cual pueda fundadamente presumirse que el trabajador habría aceptado las nuevas condiciones impuestas por el empleador, en forma tácita*¹⁰⁶.”

La Corte de Santiago, se ha pronunciado en similares términos, al referirse a la causal N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo: “*respecto a esta causal, además, la jurisprudencia y la doctrina invariable y sostenidamente han exigido la coetaneidad entre el hecho en que se funda el despido y éste (cons.3°)...Cuando el empleador o el trabajador tiene una causa justificada de despido, deben invocarla en el acto mismo en que ésta se produce, y con*

¹⁰⁶ CS, 25.10.1999, Rev.L.Ch N° 2 y 3 (2000), pág. 50-54. En el mismo sentido: ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 257-258.

*mayor razón cuando se alega gravedad, y al no haberlo en la perpretación de los supuestos de hecho que la configuran, constituye tal demora una renuncia tácita de parte del empleador o del trabajador, a invocarla con posterioridad.*¹⁰⁷

2. Causales habilitantes del despido indirecto

Para que el trabajador se encuentre habilitado, o en posición de poner término al contrato de trabajo a través del despido indirecto, el empleador debe incurrir en una o más de las causales de terminación del contrato de trabajo que el legislador enumera en el artículo 171 del Código del Trabajo. En este punto del capítulo, se analizarán estas causales, complementándolas con jurisprudencia y dictámenes de la Inspección del Trabajo atinentes a cada caso.

a. Conductas indebidas y graves señaladas por ley:

Causal N° 1 del artículo 160°:*“Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:*

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

b) Conductas de acoso sexual;

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

d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador , y

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

¹⁰⁷ Corte de Santiago, 17.07.2002, Rev.L.Ch N° 12 (2002), Vol. 112, pág. 53.

Las conductas enumeradas deben entenderse dentro del contexto del despido indirecto, es decir, el empleador es quien debe incurrir en ellas.

i. Aspectos relevantes y comunes para todas ellas:

En primer lugar, se refieren al quebrantamiento de los deberes ético-jurídicos que impone el contrato de trabajo, especialmente el deber recíproco de respeto¹⁰⁸ que se encuentra implícitamente incorporado en estas causales y otras del artículo 160.

En segundo lugar, deben cumplir con los requisitos establecidos en el encabezado. El primer requisito, es que la conducta debe ser de carácter grave, es decir, debe revestir de cierta magnitud o significación que permita ser motivo suficiente para poner término a la relación laboral¹⁰⁹. El segundo requisito, es que la causal debe ser debidamente comprobada, es decir, debe acreditarse de manera indubitable, de manera que produzca plena convicción en el sentenciador¹¹⁰.

Indudablemente estos requisitos implican un mayor resguardo para los trabajadores, además plantean un difícil trayecto para el empleador que desee invocarla¹¹¹. En el sentido inverso, si es el trabajador quien invoca la causal, le corresponde probarla, por ello le resulta difícil configurarla, hecho que repercute en su invocación poco frecuente y con poco desarrollo jurisprudencial.

¹⁰⁸ Ver capítulo I, I, N° 3, letra a) ii.

¹⁰⁹ ZUÑIGA V, P. y ROJAS P, D, Causal de despido del artículo 160 N° 1 del Código del Trabajo, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, Universidad de Talca, Facultad de Derecho, 2000. pág. 40. (Citado por ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 247.

¹¹⁰ ZUÑIGA V, P. y ROJAS P, D, Ibíd. (Citado por ROJAS M, Irene, ibíd.)

¹¹¹ HUMERES N, Héctor, ob. cit, pág. 279.

En tercer lugar, la ley 19.759 redactó de mejor forma las causales contempladas en este numeral, circunscribiéndolas a aquellas conductas que guardan directa relación con la prestación de servicios, lo que ya había sido sostenido por la jurisprudencia respecto de las causales a) y c).¹¹²

En cuarto lugar, un elemento en común, que se desprende de la escasa o prácticamente nula jurisprudencia encontrada, es que los trabajadores muy pocas veces invocan esta causal de despido indirecto. Ello se debe por un lado, a la necesidad de probar, el carácter de gravedad de manera indubitada. Por otro lado, a que los mismos hechos pueden configurar la causal N ° 7 del artículo 160, que por su amplitud resulta más inequívoca en su aplicación. Finalmente, su escasa aplicación también se debe, a que los hechos constitutivos de despido indirecto más comunes no son de aquellos reglamentados en este numeral.

Aclarado lo anterior, se analizarán cada una de las causales que integran el N° 1 del artículo 160:

ii. Conductas graves e indebidas en particular

(a) Falta de probidad.

Tradicionalmente se ha entendido esta causal según el significado que le da la Real Academia Española de la Lengua, es decir, falta de honradez, de

¹¹² LIZAMAP, Luís, Derecho..., ob. cit, pág.172. En el mismo sentido: ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 24.

rectitud de ánimo o de integridad en el obrar¹¹³. A continuación, ejemplos que constituyen falta de probidad:

El autor Marcos Paredes Z. plantea en su memoria de grado, que esta causal se configura por ejemplo, cuando el empleador crea dolosamente situaciones o documentos falsos, que posteriormente pueden ser invocados en perjuicio del trabajador, con el fin de ponerlo en una situación desventajosa para sus intereses. Agrega, que estas situaciones o documentos están destinados a perjudicar al trabajador, ya sea durante la relación laboral-como en el caso del no pago o no computo de las horas extraordinarias-, al momento de su terminación -tergiversando las causales, como por ejemplo la falta u ocultamiento de registros de asistencia- y en general todo acto tendiente a configurar una causal subjetiva voluntaria.¹¹⁴

Otro ejemplo de falta de probidad, es el “acoso moral o mobbing”, el que se desprende del inciso 2 del artículo 2° del Código del Trabajo¹¹⁵. Se trata de una conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo¹¹⁶. Son muchas las conductas, que pueden configurar una hipótesis, el autor Heinz Leymann, ha subclasificado 45 conductas tipificadoras

¹¹³ En: http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=probidad

¹¹⁴ PAREDES Z, Marcos, ob. cit, pág. 87-89.

¹¹⁵ Inciso 2 del Artículo 2° “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual...”. Si bien esta disposición se refiere expresamente al acoso sexual deja abierta la posibilidad de que otras conductas afecten la dignidad del trabajador, en este caso el mobbing.

¹¹⁶ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva ley de acoso sexual, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005. pág. 17.

de mobbing¹¹⁷, entre las que se destacan: atentados contra la dignidad, aislamiento y rechazo de la comunicación, violencia verbal, atentados contra las condiciones de trabajo.

El mobbing es reflejo de la falta de rectitud por parte del empleador para con su trabajador, y por tanto, podría invocarse la causal del artículo 160 N° 1 letra a), así también lo considera Sergio Gamonal, quien señala que en el caso de mobbing, claramente estamos ante una falta de probidad del empleador¹¹⁸

Sin embargo, podría subsumirse dentro de la causal N° 5 del artículo 160, ya que esta tiene relación con la seguridad y salud del trabajador, dos áreas que pueden verse afectadas por el acoso moral. Por último, también cabe dentro de la causal N° 7 del artículo 160, ya que el acoso moral es un incumplimiento grave de la obligación que impone el contrato de trabajo, de respeto al trabajador, y a su dignidad¹¹⁹.

En relación con la causal del artículo 160 N° 1 letra a), como ya se ha indicado, la jurisprudencia es prácticamente nula. Encontramos, sin embargo, una interesante sentencia de primera instancia¹²⁰ en que se acoge la demanda de despido indirecto interpuesta por la trabajadora en contra de su empleador, por haber incurrido éste en las causales contempladas en el artículo 160 N° 1, letras a) y c). La sentencia señala que las conductas descritas (hablarle a la trabajadora con gritos, y provocarle llanto, clima de maltrato y hostigamiento, restringirle injustificadamente las comunicaciones telefónicas, tener actitudes sarcásticas y desdeñosa en relación a la calidad profesional de la empleada)

¹¹⁷ GAMONAL C, Sergio y PRADO L, Pamela, El mobbing o acoso moral laboral, Santiago, Editorial Laxisnexus, 2006, pág. 15.

¹¹⁸ GAMONAL C, Sergio y PRADO L, Pamela, El mobbing..., ob. cit, pág. 87.

¹²⁰ 8° JLT de Santiago, 01.10.2003, MCLP 259, pág. 123 (126-127)

“la habilitan para poner término a la relación contractual, desde que la vulneración grave del deber de respeto a la dignidad del trabajador que pesa sobre la parte empleadora, ha producido un quiebre inmediato del vínculo jurídico laboral” (cons. 8°). Agrega que “la acción continua del empleador, desencadenante de perniciosas consecuencias en la salud de la trabajadora, infringió gravemente las obligaciones que emanan del contenido ético del contrato de trabajo y a la vez afectó abiertamente los derechos que la Constitución asegura a toda persona a la integridad psíquica y a la honra” (cons. 9°)¹²¹.

Cabe destacar que la ley 20.005 ha incorporado un nuevo inciso 2° al artículo 171, el que además de las indemnizaciones tarifadas que el Código del Trabajo contempla, en caso de configurarse alguna de las causales de despido indirecto, otorga acción indemnizatoria al trabajador, en el caso de configurarse ésta causal, para exigir otras indemnizaciones a que tenga derecho. Este tema se analizará con mayor detención al tratar las indemnizaciones que corresponde reclamar por despido indirecto

(b) Acoso sexual.

La ley 20.005 incorpora en la letra b) del N° 1 del artículo 160, el acoso sexual como causa voluntaria subjetiva de terminación del contrato de trabajo.

El concepto de acosos sexual adoptado por nuestra legislación se encuentra establecido en el inciso 2° del artículo 2°, en los siguientes términos:

¹²¹ En contra de la sentencia fue interpuesto recurso de apelación y recursos de casación en el fondo, pero en relación con la indemnización del daño moral el cual será objeto de estudio en el capítulo siguiente.

“el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimiento de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

De esta definición se desprenden tres elementos fundamentales: sujeto activo, sujeto pasivo y la conducta constitutiva de acoso sexual.

Respecto al sujeto activo, puede ser cualquier persona que dentro de la empresa incurra en conductas de acoso sexual. Si la conducta se constituye por exigencias sexuales de un superior a cuya aceptación se condicionan la obtención de ventajas laborales, ya sea obtener nuevos beneficios laborales o para mantener los que ya se disfrutaban, estamos en presencia de el *acoso sexual de intercambio, chantaje o quid pro quo*, que requiere que el acosador tenga una ubicación jerárquica superior, existiendo un ejercicio abusivo del poder en el ámbito laboral¹²².

Si la conducta se constituye por una conducta de hostigamiento sexual que genera para la víctima un entorno laboral humillante y hostil, sin que se requiera que el acosador ofrezca ventajas laborales, estamos en presencia del denominado acoso ambiental, el cual puede tener como sujeto activo a un compañero de trabajo no superior jerárquicamente¹²³.

Es relevante, para determinar la causal que debe invocar el trabajador al proceder al despido indirecto, quien es el sujeto activo del acoso sexual. Así lo consideran los profesores Lizama y Ugarte, quienes postulan que si las conductas constitutivas de acoso sexual, ya sean chantaje sexual o acoso ambiental, son realizadas por el empleador o quienes conforme al artículo 4°

¹²² LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob. cit, pág. 13-14.

¹²³ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob. cit, pág. 14.

del Código del Trabajo actúan por él, el trabajador podrá proceder al despido indirecto conforme a la causal prevista en la letra b) del N° 1 del artículo 160 del Código del Trabajo¹²⁴. Antes de la incorporación de esta causal, las conductas de acoso sexual por parte del empleador no quedaban impunes, sino que configuraba la causal del N° 1 letra a) o bien la genérica causal N° 7

Si el acoso sexual es realizado por una persona distinta a las señaladas en el párrafo anterior, esto es, un compañero de trabajo o un cliente- en el ámbito de la relación de trabajo-, y el empleador tiene conocimiento de estas conductas, o debería conocerlas y no realiza acción alguna para evitarlo, el dependiente podría invocar como causal de extinción del contrato de trabajo, las señaladas en los N° 5 o 7 del artículo 160 del Código del Trabajo¹²⁵.

La ley 20.050 ha incorporado una serie de disposiciones relacionadas tanto con la incorporación del procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual- descrito en los artículos 211-A a 211-E- al reglamento interno como de su observancia. Estas normas se encuentran principalmente en los artículos 154 y 171 del Código del Trabajo y se analizarán al tratar la causal N° 7 del artículo 160 del mismo cuerpo legal.

Concordamos con la opinión de los profesores citados, respecto a que si los actos constitutivos de acoso sexual son de carácter grave, debidamente acreditados y ejecutados por el empleador, cabe aplicar la causal del N° 1 letra b) del artículo 160 del Código del Trabajo. Sin embargo, consideramos que en el caso de que no sea el empleador o sus representantes quienes incurran en actos de acoso sexual, no necesariamente corresponde invocar la causal N° 5 o 7 del artículo 160 del CT.

¹²⁴ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob. cit, pág. 52.

¹²⁵ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob. cit, pág. 52

Respecto a la conducta constitutiva de acoso sexual, se trata de un requerimiento sexual, que puede reflejarse en una gran variedad de conductas, tales como contacto físico no consentido, propuestas verbales, correos electrónicos, cartas o misivas personales, y en fin, como lo establece el legislador, por cualquier medio no consentido por la víctima. Además, para que la conducta sea constitutiva de acoso sexual, debe producirse una amenaza o un perjuicio en la situación laboral del trabajador o en sus oportunidades de empleo.

Al igual que para la causal de la letra a), la ley 20.005 ha incorporado expresamente en el inciso 2 del artículo 171 del Código del Trabajo, el derecho del trabajador a reclamar las indemnizaciones a las que tenga derecho además, de las tarifadas que establece el Código del Trabajo.

El inciso final del artículo 171, incorporado por el artículo 1° N° 6 de la ley 20.005, establece una drástica sanción en caso de que el trabajador hubiese invocado la causal de acoso sexual falsamente, o con el propósito de lesionar la honra de la persona denunciada.

Las sanciones son, en primer lugar, indemnizar los perjuicios que cause al afectado, en el caso que el tribunal hubiese declarado la demanda del trabajador carente de motivo plausible. No basta que no se haya logrado acreditar la causal, sino que, lo que el legislador busca, es sancionar las denuncias temerarias, es decir, que no logre soportar el más primario de los escrutinios¹²⁶.

¹²⁶ LAMBETH V, Jennifer, Ley 20.005 sobre prevención y sanción del acoso sexual, análisis de su contenido positivo y doctrinario, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006, pág. 139.

En segundo término, se establece que si la causal ha sido invocada maliciosamente, además de la indemnización de perjuicios, quedará sujeto a las otras acciones legales que correspondan. El legislador ha optado por equilibrar la protección al demandado injustamente, a la vez que, trata de no enviar una señal equivocada que desincentive las denuncias legítimas¹²⁷.

La incorporación de esta causal de manera expresa es reciente, y a la fecha no se ha pronunciado jurisprudencia al respecto.

(c) Vías de hecho.

Se conceptualiza por la doctrina a las “vías de hecho” como toda riña o agresión física por el empleador hacia el trabajador, que ocurran en el lugar y jornadas de trabajo o con ocasión de actividades laborativas¹²⁸. Las vías de hecho deben ser ejercidas por el empleador en contra del trabajador que invoca el despido indirecto.

(d) Injurias.

Para la jurisprudencia, las injurias no deben entenderse en el sentido propio del ilícito penal, sino que como expresiones que agravian o ultrajan a otro mediante palabras u obras¹²⁹, además, ha incorporado el contexto en el que se ha emitido¹³⁰ como elemento de consideración.

¹²⁷ LAMBETH V, Jennifer, ob. cit, pág. 137

¹²⁸ LIZAMAP, Luís, Derecho..., ob. cit, pág. 175. En el mismo sentido: ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 248.

¹²⁹ LIZAMA P, Luís, Derecho..., ob. cit, pág. 175

¹³⁰ ZUÑIGA V, P. y ROJAS P, D, ob. cit, pág. 103-109. (Citado por ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 249.)

(e) Conducta inmoral.

La jurisprudencia no ha definido el contenido de conducta inmoral y la doctrina no ha adoptado una posición sobre el alcance y los límites de esta causal. Frente a esta situación, adoptamos la definición dada por la autora Irene Rojas M., quien considera que la conducta inmoral se configura por *“aquellas acciones u omisiones que se opongan a un modo habitual de obrar en un determinado colectivo de personas y que dicho actuar se encuentre revestido por una sanción de carácter social”*.¹³¹

Debido a la redacción que la ley 19.759 le dio a las causales del artículo 160, la conducta inmoral, para que configure la causal de la letra c) debe afectar a la empresa en que se desempeña el trabajador. El artículo 171 del Código del Trabajo, no establece modificación alguna a las causales del artículo 160, por tanto, resulta excepcional la invocación de esta causal en el despido indirecto, ya que obviamente el empleador no tiene, casi bajo cualquier supuesto la intención de afectar su propia empresa. Además, la disposición en comento no especifica cuál debe ser la afectación a la empresa.

Ante tales dificultades, consideramos que debiera adecuarse esta causal al despido indirecto, es decir, que se configure en caso de la conducta inmoral del empleador que afecte al trabajador, en su ámbito laboral.

¹³¹ ZUÑIGA V, P. y ROJAS P, D, ob. cit, pág. 117. (Citado por ROJAS M, Irene, ibíd.)

b. Causal N° 5 del artículo 160°.

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

La causal N° 5 tiene un carácter objetivo y el legislador no ha establecido expresamente los requisitos de gravedad y prueba indubitable, como en el caso de la causal N° 1 del artículo 160. Sin embargo la jurisprudencia, considerando la gravedad de la causal, ha entendido que la conducta temeraria supone una especial imprudencia, que debe acreditarse en forma clara y precisa, además, debe tratarse de actos intencionales o dolosos¹³². Estas exigencias han sido establecidas respecto del despido propiamente tal, y no al despido indirecto. Sin embargo, el artículo 171 de Código del Trabajo no modifica esta causal, por lo que la jurisprudencia sobre esta causal debe entenderse también incorporados a la institución en estudio.

Esta causal, al igual que la anterior, refleja la protección del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, pero esta vez se trata del incumplimiento del deber de seguridad e higiene, que forma parte del deber general de protección del empleador. El deber de seguridad, se encuentra expresado en el inciso 1° del artículo 184¹³³. Además, inspira el Decreto Supremo N° 594 de 1999, sobre condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en lugares de trabajo.

¹³² LIZAMA P, Luís, Derecho, ob. cit pág. 181. Jurisprudencia citada por el autor: CS, 07.11.2000, Rol 3. 546-200; Corte de Santiago, 16.04.1998, GJ 214, pág. 188.

¹³³ Inciso 1 del artículo 184 del Código del Trabajo “ 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”

Daniel Nadal S., señala que el empleador incurre en esta causal si no cumple con las normas mas elementales sobre orden, seguridad, salud e higiene; igual cosa si no acata las disposiciones relativas al trabajo de los menores y de las mujeres embarazadas; si no da cumplimiento a las normas sobre protección a la maternidad y, en general, si infringe cualquier disposición que sea causa de los actos que la ley pretende precaver¹³⁴.

En este sentido, Jorge Alfaro F y Marcos Paredes Z. señalan algunos casos en que el empleador incurre en esta casual¹³⁵:

-Hacer trabajar en faenas peligrosas sin las mínimas normas de protección, tales como cinturones, arneses, barandas de protección, etc.

-Hacer trasladar o levantar elementos de peso excesivo o de difícil manejo sin apoyo de tecles u otros elementos de la misma naturaleza.

-Hacer que un trabajador labore en deficientes condiciones de salud en actividades inconvenientes para su estado físico

-Hacer utilizar, en forma indiscriminada, elementos de protección absolutamente personales, tales como gafas, respiradores, guantes, calzado, etc., entre varios trabajadores

-Utilizar elementos defectuosos para la debida protección de los trabajadores.

-Negarse a prestar elementos de protección cuando éstos sean necesarios.

¹³⁴ NADAL S, Daniel, ob.cit, pág. 241.

¹³⁵ ALFARO F, Jorge, ob. cit, pág. 70. En el mismo sentido: PAREDES Z, Marcos, ob. cit, pág. 99-100.

Otro caso que recientemente se ha comenzado a considerar, es el mobbing. Veámos al analizar la falta de probidad como causal de despido indirecto, que el mobbing o acoso moral es una conducta constitutiva de dicha causal. Sin embargo, también puede construir la causal en comento, ya que los actos de acoso moral, pueden constituir un incumplimiento del empleador a su obligación general de protección, establecida principalmente en el artículo 184 del Código del Trabajo. La salud de los trabajadores comprende su integridad física y psíquica, la cual se ve gravemente afectada por el mobbing¹³⁶, lo que se ve reflejado en conductas tales como: asignar trabajos peligrosos, ataque físicos, o sicológicos.

El trabajador cuenta con una serie de mecanismos para evitar que el empleador continúe incurriendo en la causal del N° 5 del artículo 160. Por un lado, el legislador, en el inciso final del artículo 184 del CT, establece que le corresponde a la Inspección del Trabajo fiscalizar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad, por tanto, puede presentar una denuncia ante Inspección respectiva, que tiene el deber expreso de fiscalizar y sancionar en caso necesario al empleador. Por otro lado, se encuentra el despido indirecto, que si bien es un mecanismo de última ratio, permite que cese la afectación a la seguridad o salud del empleador y sanciona al empleado.

Patricio Mella C. se pone en el caso que el trabajador sea víctima de un accidente laboral, debido a la infracción por parte del empleador a la obligación de seguridad e higiene. En este caso señala que corresponde que se apliquen las reglas de la responsabilidad contractual, y además, el trabajador puede

¹³⁶ GAMONAL C, Sergio y PRADO L, Pamela, El mobbing..., ob. cit, pág. 88.

decidir la terminación del contrato de trabajo, fundado en la causal N° 5 del artículo 160 del Código del Trabajo, solicitando las indemnizaciones usuales¹³⁷

Respecto a esta causal de terminación del contrato de trabajo en relación con el despido indirecto, la jurisprudencia es bastante escasa, ya que los trabajadores muchas veces prefieren esgrimir la causal N° 7 del artículo 160, o invocar ambas.

Jurisprudencia sobre la causal N° 5 del artículo 160: el tribunal de la instancia dio por establecida la existencia de la causal en estudio y acogió la demanda presentada por la actora, sobre la base de los siguientes hechos “ *la actora fue promovida al cargo de subgerente del local, lo que le significo desde luego un aumento de remuneraciones, pero también de obligaciones, las que resultaron excesivas, pudiendo estimarse que la permanencia en el local, a continuación de su jornada laboral debiendo permanecer allí, mientras permanecieran los trabajadores que hacían trabajos en el lugar, sin tope de permanencia y sin tener la compensación de llegar más tarde al día siguiente y el hecho de tener que retirarse a una hora tardía , en que se expuso a ser asaltada, lo que en una ocasión le ocurrió, permiten tener por establecida la existencia de la causal de término de la relación laboral del N° 5 del art. 160 del Código del Trabajo*”¹³⁸(considerando 9°). La sentencia de primer grado es confirmada por la Corte de Santiago y posteriormente la Corte Suprema rechaza el recurso de casación presentado por la parte demandada

¹³⁷ MELLA C, Patricio, ob. cit, pág. 96.

¹³⁸ JLT de Santiago, 23.06.2005, Rol 1.686-2004, GJ 313, pág. 305-309.

c. Causal N° 7 del artículo 160: Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

i. Planteamiento.

La causal N° 7 es sin duda la más invocada, tanto por los empleadores como por los trabajadores. Esta situación se debe, principalmente, a la multitud de situaciones que pueden ser consideradas incumplimientos graves de las obligaciones que impone el contrato. Vasta recordar que todo contrato de trabajo crea derechos y obligaciones, por un lado, establecidas por el legislador, que integran el contenido mínimo del contrato de trabajo, y por otro lado, aquellas obligaciones establecidas por voluntad de las partes.

Esta causal es considerada por Daniel Nadal S.¹³⁹, un instrumento de la naturaleza bilateral del contrato de trabajo. Señala que, como la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la otra, si se viola por uno de los contratante cualquiera de la cláusulas del contrato, sean estas expresas, tácitas o subentendidas, será causal suficiente para poner término al vínculo contractual¹⁴⁰.

El incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, exige la concurrencia de dos elementos copulativos¹⁴¹:

a) Incumplimiento de una obligación contractual por parte del empleador. Ha de entenderse como obligación contractual cualquiera de las

¹³⁹ NADAL S, Daniel, ob.cit, pág. 253.

¹⁴⁰ Relación con la naturaleza del despido indirecto. Ver capítulo II, III, N° 1.

¹⁴¹ NADAL S, Daniel, ob.cit, pág. 253.

obligaciones o deberes, que como ya se ha adelantado, establece la ley, la voluntad de las partes o la propia naturaleza del vínculo¹⁴².

b) Que el incumplimiento sea grave. El legislador no define a que se refiere con incumplimiento “grave”, por lo que deja entregado a la labor del juez la calificación de la gravedad del incumplimiento en el caso concreto¹⁴³. Sin embargo, como criterio objetivo, podemos decir que el incumpliendo es grave cuando reviste cierta magnitud o significación que permita ser motivo suficiente para poner término al contrato de trabajo.

ii. Circunstancias que constituyen un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo¹⁴⁴

Como señalamos en el punto anterior, la causal N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, se encuentra redactada de manera muy amplia y, por tanto, caben en ella infinidad de circunstancias en que, caso a caso, el juez deberá determinar a través de criterios objetivos si se ha configurado o no un incumplimiento grave. En esta sección se analizan las diversas circunstancias consideradas, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, incumplimientos graves del empleador a las obligaciones que impone el contrato de trabajo y, por tanto, otorgan al trabajador la seguridad de que en caso de encontrarse en dichas circunstancias, procederán las indemnizaciones reclamadas.

¹⁴² NADAL S, Daniel, ob.cit, pág. 254.

¹⁴³ ALFARO F, Jorge, ob. cit, pág. 74

¹⁴⁴ Cabe recordar que en este trabajo sólo se cita a modo ejemplar la jurisprudencia recopilada del año 2000 en adelante, lo cual no impide que el siguiente análisis se haga tomando en consideración la jurisprudencia que se ha producido desde antes del año 2000.

(a) El retraso o la falta de pago de la remuneración pactada.

i) Falta de pago de la remuneración: en el artículo 41 el Código del Trabajo, se define remuneración como *“Las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie valuables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo”*

Como se adelantó en el primer capítulo de este trabajo, la obligación del empleador de remunerar al trabajador por los servicios prestados, junto con la obligación del trabajador de prestar servicios, constituyen el objeto y la causa del contrato de trabajo y, además, son las obligaciones principales del contenido económico-patrimonial. En palabras del profesor Ugarte, *“es un deber principal y fundamental”*¹⁴⁵.

Debido a lo expuesto, no resulta extraño que la falta de pago, sea una causal de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, indiscutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional.

En cuanto a la legislación comparada, en España el Estatuto de Trabajadores establece expresamente en el artículo 50.1.b, que las faltas o retrasos en el pago del salario son causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato.

Indubitada la falta de pago como una causal de incumplimiento grave, cabe agregar que existen una serie de obligaciones accesorias a la de pagar la

¹⁴⁵ UGARTE C, José Luís, El contenido..., ob. cit, pág.17.

remuneración, cuya infracción también, puede constituir un incumplimiento grave.

Los profesores Nadal y Urzúa dan algunos ejemplos de incumplimientos del empleador, en relación con la protección de las remuneraciones¹⁴⁶:

ii) Atrasarse indebidamente en el pago de las remuneraciones: un aspecto relevante en este tema, es determinar si todo retraso en el pago de la remuneración, constituye un incumplimiento grave. Para determinar cuáles son los criterios respecto a ésta interrogante, en primer lugar, recurrimos al legislador que establece, en el artículo 44 del Código del Trabajo, un mes como período máximo dentro del que se debe pagar la remuneración, de lo cual se desprende, que el retraso superior a un mes de remuneración sería un incumplimiento grave.

En segundo término, recurrimos a los antecedentes jurisprudenciales, en lo que se encuentran los siguientes criterios:

“No todo atraso en el pago de las remuneraciones puede justificar la terminación de un contrato por causas imputables al empleador, pero si lo justifica, por su gravedad, el hecho que el trabajador se haya visto obligado a accionar ante los tribunales y recurrir ante las autoridades del trabajo”¹⁴⁷

En sentencia dictada por la Corte Suprema, el 29 de octubre de 2002, se acoge la demanda de despido indirecto contra el empleador que no paga las remuneraciones a sus trabajadores, argumentando que *“El incumplimiento de la*

¹⁴⁶ NADAL S, Daniel y URZUA U, Mario. Diccionario razonado para la aplicación de la ley N° 19.010, de 1990, sobre la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo. En manual de consultas laborales y previsionales, Año VII, N° 84, Santiago, Mayo 1992. pág. 69 (citado por ALFARO F, Jorge, ob. cit, pág. 82)

¹⁴⁷ C S, 03.10. 1979. (citada por THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit., Tomo III. pág. 112 y ALFARO F, Jorge, ob. cit, pág. 84)

obligación de pagar la remuneración oportunamente durante un lapso de tres meses, se traduce en dejar al trabajador sin los medios de subsistencia para hacer frente a sus compromisos u obligaciones, desconociendo en definitiva la función social y económica que cumple el trabajo”¹⁴⁸

“El incumplimiento en el pago íntegro y oportuno no sólo constituye un ilícito contractual, sino también legal, en cuanto importa la infracción de deberes fundamentales del empleador, que son de tal entidad, que constituyen justa causa de término del contrato....cuando estos retrasos no son esporádicos u ocasionales sino permanentes y reiterados, es de lógica que el trabajador adopte medidas que dicen relación con sus intereses y los de su grupo familiar y no obsta a ello, la circunstancia de asumirla en cualquier momento, toda vez que es razonable pensar que cuando lo ha hecho, es porque ya su situación salarial no ha podido resistir más...”¹⁴⁹

Finalmente cabe destacar la opinión del autor Patricio Mella C, quien señala como criterios útiles para determinar si el retraso configura una infracción contractual: la duración del retraso, la aceptación del retraso por el trabajador, la frecuencia de los mismos y existencia de abonos¹⁵⁰.

iii) Deducciones, retenciones o compensaciones indebidas: se traduce en infringir la prohibición establecida en el inciso final del artículo 58 del Código del Trabajo, *“el empleador no podrá deducir, retener o compensar suma alguna que rebaje el monto de las remuneraciones por arriendo de habitación,*

¹⁴⁸ NADAL S, Daniel, ob.cit. pág. 432. También en: CS. 29.10.2002, MCLP N° 213, pág. 168-172.

¹⁴⁹ Corte de Santiago, 11.07.2003, MCLP N° 277, pág. 276-279. En similar sentido: CS, 23.09.2003, FM 514, pág. 2567-2570; CS.02.11.2004, MCLP 237, pág. 137-138; CS. 28.04.2005, FM 532, pág. 737-739; Corte de Santiago, 02.01.2007, MCLP N° 319, pág. 360-362.; CS, 23.09.2003, FM 514, pág. 2567-2570.

¹⁵⁰ MELLA C, Patricio, ob. cit, pág. 96.

luz, entrega de agua, uso de herramientas, entrega de medicinas, atención médica u otras prestaciones en especie, o por concepto de multas que no estén autorizadas en el reglamento de la empresa”.

iv) Falta de pago de remuneraciones accesorias: otro incumplimiento que incide directamente en las remuneraciones, es la falta de pago de sobrecomisiones, comisiones, gratificaciones o suspensión de beneficios de bonificación. Lo que inciden en el monto final de la remuneración.

Sobre este incumplimiento, la jurisprudencia ha declarado que: *“al no pagar las sobrecomisiones en los términos acordados y suspender el beneficio de Bonificación por desarrollo de Agencia, en contravención a lo estipulado, esto es, sin poner término al Convenio de Gerente de Agencia con la actora y sin finiquitar dicho acuerdo, toda vez que dichos procederles afectaron y repercutieron directamente en las remuneraciones de la actora, las que tienen carácter alimenticio...”*¹⁵¹

(b) El retraso o la falta de pago de las cotizaciones previsionales.

El legislador ha establecido, el deber del empleador de deducir de las remuneraciones del trabajador las cotizaciones de seguridad social (inciso 1º del artículo 58).

Además, ha reforzado esta obligación, estableciendo sanciones al empleador en caso de incumplimiento, por ejemplo, la nulidad del despido en caso de que el empleador no haya efectuado el pago íntegro de las cotizaciones devengadas hasta el último día del mes anterior al despido (inciso 5º del artículo 162). La Inspección del Trabajo respectiva, tiene la facultad de

¹⁵¹ 8º JLT de Santiago, 30, 04, 1999, GJ 244, pág. 178-184. En similar sentido: CS.09.06.2004, FM 523, pág. 1227-1229.

exigir al empleador la acreditación del pago de las cotizaciones previsionales al momento del despido, exigir el pago de las cotizaciones devengadas durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación que acredita el pago íntegro de las cotizaciones. También, tiene la facultad de sancionar con multa de 2 a 20 UTM, las infracciones relacionadas con el pago de las cotizaciones (inciso final del artículo 162).

De lo anterior se desprende la gran importancia que el legislador le ha dado al cumplimiento de esta obligación. Es por ello que la doctrina¹⁵² y jurisprudencia mayoritaria, considera que la mora en el pago de las cotizaciones previsionales, constituye un incumplimiento grave a las obligaciones que impone el contrato de trabajo.

Respecto a este incumplimiento la jurisprudencia ha señalado que: “*se puede advertir que la omisión del empleador de enterar dicha cotización ante la institución previsional respectiva, reviste un incumplimiento de la obligación que impone al contrato de trabajo, consistente en el pago íntegro y oportuno de la remuneración de su trabajo...en el sentido antes expresado, tal incumplimiento puede revestir la gravedad suficiente, cuando el empleador sea contumaz en su conducta*”¹⁵³

Este fallo además aclara que lo establecido en el artículo 19 del Decreto Ley N° 3.500 -que supuestamente permite a la parte empresarial, una vez deducidas de las remuneraciones las cotizaciones previsionales, no pagarlas oportunamente al organismo previsional, sino que declararlas-, no impide que se configure un incumplimiento a las obligaciones que impone el contrato de trabajo, en razón de que la cotización no ha sido pagada en forma íntegra:

¹⁵² MELLA C, Patricio, ob. cit, pág. 97. En el mismo sentido: LIZAMA P, Luís, Derecho..., ob. cit pág. 171.

¹⁵³ CS, 24.11.2000, FM 504, pág. 4251-4254.

“El empleador que no paga las remuneraciones y cotizaciones previsionales de sus trabajadores incurre en incumplimiento grave de las obligaciones que impone le contrato de trabajo”¹⁵⁴

Para Thayer y Novoa¹⁵⁵, la mora en el pago de las cotizaciones, como causal de despido indirecto, no es un tema zanjado, ya que se han originado fallos contradictorios.

Los autores citados señalan que se ha alegado - y en ocasiones la Corte Suprema así lo ha estimado-, que la mora en el pago de las cotizaciones no configura incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, pues dicha obligación- de cotización- no emana del contrato, sino de la ley. Al respecto consideran, que si bien es efectivo que dicha obligación emana de la ley, nada impide que el incumplimiento directo e inmediato de una obligación legal, sea causal indirecta y mediata de una infracción contractual. Por lo demás, una inmensa proporción de los derechos que favorecen al trabajador, han sido incorporados al contrato porque emanan de la legislación laboral, eminentemente tuitiva.¹⁵⁶

(c) El retraso o la falta de pago de bonificaciones pactadas no constitutivas de remuneración.

Las bonificaciones son beneficios que no constituyen remuneraciones, tales como las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas, de colación, los viáticos y las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley.

¹⁵⁴ CS, 13.08. 2002, FM 501, pág. 2090-2094. En similar sentido: CS, 30.11.2004, FM 528, pág. 2978-2981

¹⁵⁵ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 112

¹⁵⁶ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 112-113

Respecto al retraso o la falta de pago de bonificaciones pactadas, la jurisprudencia ha señalado: *“incurre en incumplimiento de sus obligaciones el empleador que no paga diversos beneficios, tales como: asignación familiar, de movilización, reajuste legal, etc., beneficios que fueron justamente los que tuvo en vista el trabajador al prestar sus servicios y que el empleador se encontraba en el imperativo legal de cumplir”*¹⁵⁷

(d) Transgresión por parte del empleador de los límites establecidos respecto a la facultad jurídica de mando.

Al revisar en el capítulo I de este trabajo, la clasificación tradicional del contenido del contrato de trabajo, se mencionó dentro del contenido jurídico-instrumental la potestad jurídica de mando del empleador. Esta potestad se define como, el conjunto de poderes, facultades y potestades que el ordenamiento jurídico laboral le reconoce al empleador, con el objeto de organizar, dirigir, fiscalizar, mantener la disciplina y el orden de la actividad laboral, dentro de la empresa y adecuar la naturaleza de los servicios a los requerimientos de la empresa¹⁵⁸. De la definición se desprenden tres elementos constitutivos, a saber: el poder de dirección, el disciplinario y el derecho de variación o *ius variandi*¹⁵⁹

Parte integrante del poder de mando es el derecho de variación o *ius variandi*. Este derecho se define como la facultad de que se encuentra dotado el empleador para que, cumplidas ciertas condiciones, altere o modifique las modalidades de la prestación de servicios, ya sea en cuanto a la naturaleza

¹⁵⁷ Corte del Trabajo de Santiago, sentencia de 16 de noviembre de 1976; (Citada por THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 111)

¹⁵⁸ UGARTE C, José Luís, El contenido..., ob. cit, pág. 10-11.

¹⁵⁹ UGARTE C, José Luís, El contenido..., ob. cit, pág. 10-11.

misma de los servicios prestados, el lugar o la jornada en que se desarrolla la actividad laboral¹⁶⁰

El legislador es el encargado de establecer aquellos casos en que excepcionalmente el empleador esta autorizado a modificar unilateralmente las condiciones de trabajo. En relación con el *ius variandi*, la disposición más importante es el artículo 12 del Código del Trabajo¹⁶¹, ya que establece las circunstancias en las cuales el empleador puede alterar la naturaleza de los servicios, el sitio o recinto y la distribución de la jornada de trabajo.

El juez es el que se ve enfrentado, en el caso concreto, a determinar si el empleador afectivamente ha transgredido los límites a la facultad de mando y, por tanto, si se está en presencia de un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo. En dichos casos, debe considerar el correcto o incorrecto uso del *ius variandi* por parte del empleador, teniendo en consideración lo preceptuado en artículo 12 del Código del Trabajo.

En esta sección del trabajo, nos detendremos especialmente en los casos de trasgresión por parte del empleador a los límites de la facultad de

¹⁶⁰ UGARTE C, José Luís, El contenido...,ob. cit, pág. 12.

¹⁶¹ Artículo 12 del Código del Trabajo. El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos.

El trabajador afectado podrá reclamar en el plazo de treinta días hábiles a contar de la ocurrencia del hecho a que se refiere el inciso primero o de la notificación del aviso a que alude el inciso segundo, ante el inspector del trabajo respectivo a fin de que éste se pronuncie sobre el cumplimiento de las condiciones señaladas en los incisos precedentes, pudiendo recurrirse de su resolución ante el juez competente dentro de quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes.

mando, que la jurisprudencia y la doctrina han considerado que configuran un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo.

En primer lugar, la naturaleza de los servicios, es decir las órdenes y directrices que dé el empleador, deben estar referidas al desarrollo de la actividad que ha sido acordada como objeto de la obligación del trabajador de prestar servicios¹⁶². El artículo 10 del Código del Trabajo es una importante norma, en cuanto a la delimitación del poder de mando, ya que establece el contenido básico del contrato de trabajo. El N° 3 del artículo 10, establece que el contrato de trabajo debe contener, a lo menos la *“determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse. El contrato podrá señalar dos o mas funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias”*

La jurisprudencia ha señalado que del artículo 10 del Código del Trabajo se desprende que *“la ley ordena que las funciones específicas a desarrollar por parte del trabajador, deben ser consignadas en el contrato respectivo, pues ellas son la razón que lleva al empleador a suscribir dicha convención e implican, a su vez, la delimitación del ámbito dentro del cual éste ejercerá la dirección sobre aquél, como parte de la subordinación y dependencia que caracteriza el vínculo laboral”*¹⁶³

Por tanto, es un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, exigir la realización de un trabajo distinto al que está obligado por contrato¹⁶⁴. El cambio en la naturaleza de los servicios, generalmente va acompañado de una disminución de las remuneraciones del trabajador. Sin embargo, la causal puede ser invocada aún cuando la

¹⁶² UGARTE C, José Luís, El contenido...,ob. cit, pág. 12.

¹⁶³ CS, 26.12.2006, Rol 790-2005, www.microjuirs.cl, jurisprudencia on-line

¹⁶⁴ NADAL S, Daniel, ob.cit, pág. 431.

disminución no se produzca, ya que la nueva labor puede traer aparejado otro tipo de perjuicios, sean estos tanto físicos como morales¹⁶⁵.

En segundo lugar, el máximo tribunal considera pertinente accionar por despido indirecto, en el caso que el empleador reduzca el trabajo, provocando algún perjuicio al trabajador. En el caso concreto, el trabajo del actor se encontraba incorporado por una cláusula tácita al contrato de trabajo, la Corte Suprema consideró que se hizo uso abusivo del *ius variando*: *“ los límites de tal ius variandi, en cuanto expresión del poder de dirección del empresario, coincidirán con la frontera entre lo que sea una modificación substancial de las condiciones de trabajo, quedando fuera del ius variandi todas aquellas modificaciones que sean discriminatorias o que importen- según lo señala el inciso 1º del artículo 12 del Código Laboral-un menoscabo para el trabajador, el cual puede ser de su nivel socioeconómico en la empresa, cuyo caso más característico es la disminución del nivel de ingresos, o bien, de carácter moral.”*¹⁶⁶

En tercer lugar, se considera otra manifestación de la trasgresión a los límites de la facultad de mando, el cambio del trabajador a un puesto de menor categoría¹⁶⁷

En cuarto lugar, ha sido considerado por la doctrina como un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, imponer trabajo extraordinario¹⁶⁸. En ejercicio del *ius variando*, el empleador puede modificar según lo establecido en el artículo 12 del Código del Trabajo la jornada de trabajo (la cual se encuentra detalladamente regulada por el

¹⁶⁵ PAREDES Z, Marcos, ob. cit, pág.109

¹⁶⁶ CS, 25.10.1999, RLCH N° 2 y 3 (2000), Pág 50-53

¹⁶⁷ NADAL S, Daniel, ob.cit, pág. 431.

¹⁶⁸ NADAL S, Daniel, íbid.

legislador), pero no puede excederse en la jornada ordinaria, sin que se esté en presencia de aquellos casos establecidos en el inciso 1 del artículo 29 del CT¹⁶⁹

También ha sido considerada causal de despido indirecto, la reducción de la jornada de trabajo que ha redundado en un menoscabo para el trabajador que recibe menos remuneración de la pactada.¹⁷⁰

En quinto lugar, es un límite a la potestad de mando el lugar de la prestación de servicios, ya que sólo debe ejercerse en aquel que se encuentre convenido para la prestación de servicios¹⁷¹, el cual no puede ser modificado arbitrariamente por el empleador.

Por tanto, si el empleador modifica el lugar de la prestación de los servicios, produciendo un menoscabo para el trabajador, está incumpliendo gravemente las obligaciones que impone el contrato de trabajo.

En jurisprudencia de la Corte de Santiago el empleador incurre en un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, si priva a la trabajadora de la oficina que ocupaba y le asigna una que no cumple con las condiciones mínimas para desarrollar su trabajo: *“en la situación en estudio, no opera la institución del ius varaindi por no cumplirse los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 12 del Código del Trabajo”*¹⁷².

De las situaciones vistas, se desprende que son bastante estrictos los límites que el legislador ha impuesto al empleador, a fin de proteger al trabajador del uso arbitrario de la facultad de mando.

¹⁶⁹ PAREDES Z, Marcos, ob. cit, pág.121

¹⁷⁰ CS, 20.09.2000, FL 502, pág. 3013-3017. En el mismo sentido: CS, 17.08.2004, MCLP 234, pág. 123-148.

¹⁷¹ UGARTE C, José Luís, El contenido..., ob. cit, pág. 11.

¹⁷² Corte de Santiago, 22.08.2007, Rol 49-2007, www.lexisnexis.cl, jurisprudencia on line.

(e) La falta de ocupación efectiva y adecuada del trabajador.

La doctrina mayoritaria considera un deber integrante del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, dar ocupación efectiva al trabajador. Resulta evidente que si la prestación de servicios es un elemento de la esencia del contrato de trabajo, si no se exige por parte del empleador o se dificulta, no se está en presencia de una relación laboral¹⁷³.

La ocurrencia de este incumplimiento se verifica por lo general entre aquellos trabajadores que reciben todo o parte de sus remuneraciones en la forma de comisión u otra forma de pago variable, por lo tanto, al no realizar trabajo alguno o disminuirse el mismo, ven en ello un perjuicio económico¹⁷⁴.

La jurisprudencia se ha manifestado en múltiples ocasiones, a favor de considerar que la falta de ocupación efectiva y adecuada del trabajador, es un incumplimiento grave a las obligaciones que impone el contrato de trabajo. A continuación veremos algunos casos.

En el año 1993 la Corte Suprema sostuvo que: *“Los actores se desempeñaban como empleados de la recurrente, empresa de arrendamiento de vehículos, y en la fecha que indican pusieron término en forma indirecta a sus contratos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 19.010, pues la empresa recurrente había retirado los vehículos del establecimiento comercial, privándoles de sus elementos de trabajo.*

Para confirmar el fallo que acogió la demanda de despido indirecto, los jueces consideraron que *“con la prueba testimonial que los demandantes allegaron, quedó acreditado que la empresa efectivamente había retirado del*

¹⁷³ UGARTE C, José Luís, El contenido..., ob. cit, pág. 21.

¹⁷⁴ PAREDES Z, Marcos, ob. cit, pág.128.

local los vehículos destinados a ser arrendados, con lo cual estos quedaron privados de darles en arrendamiento, y por ende, percibir las comisiones correspondientes ¹⁷⁵

Más recientemente, en 2005, la Corte Suprema ha afirmado que: *“en todo contrato de trabajo es obligación esencial del empleador pagar la remuneración pactada. Sin embargo, no es la única. También corresponde a un deber inherente a tal clase de convención la obligación que contrae el empleador de proporcionar al trabajador las labores convenidas, máxime cuando-como ocurre en este caso-el monto de la remuneración del trabajador estaba supeditada de un modo mas relevante al trabajo efectivamente realizado... teniendo en cuenta la merma considerable experimentada por las remuneraciones del trabajador, el hecho de que tal situación se mantuvo por más de un año(mayo de 2004 a septiembre de 2005) y la circunstancia de que la infracción contractual, así de reiterada, atañe a una de las principales obligaciones que emanan del contrato de trabajo, cabe concluir que el incumplimiento es de carácter grave y que, por ende , el empleador incurrió en la causal de terminación del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo”*¹⁷⁶

En la sentencia de la cual a continuación se reproducen algunos considerandos, la Corte Suprema se refiere a la jornada pasiva y a la ilicitud de su prolongación, al acoger recurso de casación en el fondo contra la sentencia enalzada que rechaza la demanda de despido indirecto: *“como de modo reiterado lo ha sostenido este tribunal, el contrato de trabajo tiene, además del económico, un profundo contenido moral con manifestaciones jurídicas y entre estas obligaciones ético-jurídicas, de responsabilidad del empleador, cabe destacar, entre otros el deber de ocupación efectiva y adecuada y, en general,*

¹⁷⁵ CS. 19.01.1993, Rol N° 7.913. (Citada por NADAL S, Daniel, ob.cit, pág. 436)

¹⁷⁶ CS, 30.11.2005, MCLP 252, pág. 144-148

el de protección al dependiente y respetar su honra y dignidad personal...es obligación del empleador proporcionar al dependiente ocupación efectiva y adecuada y, si bien el inciso segundo del artículo 21 del Código del Trabajo, contempla la denominada jornada pasiva, esta figura se verifica únicamente cuando el trabajador está a disposición del empleado , sin ejecutar labor por causas que no le sean imputables. Tal situación es excepcional y solo rige en caso que dicha inactividad se produzca durante la jornada laboral, sin que sea lícito extender su aplicación a periodos más extensos y de permanente inactividad.”¹⁷⁷

También se considera falta de ocupación efectiva no recibir al trabajador al final de una licencia médica. La Corte Suprema ha dicho que: *“de parte de la empresa demandada hubo incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, por no haber recibido al trabajador terminada que fue su licencia médica, lo que está reconocido por la propia empleadora”¹⁷⁸*

En el mismo sentido, la Corte de Santiago ha señalado: *“Otorgada el alta al trabajador, la parte empleadora debió reintegrarlo al trabajo cuando se presentó a la empresa con el comprobante respectivo, toda vez que, como ella misma lo reconoce en su escrito de contestación, aun no se declaraba por el organismo pertinente la invalidez del actor”¹⁷⁹*

¹⁷⁷ Corte de Santiago, 04.04.2007, GJ 322, pág. 365-369

¹⁷⁸ CS, 22.04.1993, Rol N° 7.593. (Citada por NADAL S, Daniel, ob. cit, pág. 435)

¹⁷⁹ Corte de Santiago, 12 de junio de 1998, Rol N° 772-98. (Citada por NADAL S, Daniel, ob.cit, pág. 433)

(f) Incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la prevención, investigación y sanción del acoso sexual.

Corresponde aplicar las causales de los N° 5 o 7 del artículo 160, en los casos que el empleador incumpla una o más de las obligaciones que respecto al acoso sexual que han sido incorporadas por la ley 20.005 al Código de Trabajo. Entre las obligaciones que en este sentido forman parte del contenido del contrato de trabajo destacan las siguientes:

i) Incorporar en el reglamento interno normas que garanticen un ambiente laboral digno y de respeto.

Así lo expresa el artículo 153 inciso 2° del Código del Trabajo, referido a las normas que debe contener el Reglamento Interno: *“Especialmente, se deberán estipular las normas que se deben observar para garantizar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores”*

De este inciso se infiere, por un lado, que el empleador debe mantener un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los trabajadores, que prevenga el acoso sexual, y por otro, que debe incorporar estipulaciones al Reglamento Interno que prevengan el desarrollo de conductas constitutivas de acoso sexual, ya sea en las modalidades de “chantaje sexual” o “acoso sexual”¹⁸⁰

¹⁸⁰ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob cit. pág. 19-23.

ii) Regular el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual, dentro del reglamento interno.

Del artículo 154 N° 12, se desprende la obligación del empleador, de dictar normas que regulen el procedimiento al que debe someterse la investigación por conductas de acoso sexual en el centro de trabajo, así como la aplicación de medidas de resguardo a favor de la víctima y de sanciones a los responsables¹⁸¹

La ley 20.005 ha sido sin duda un importante avance, tanto en la prevención y sanción del acoso sexual dentro de la relación laboral, como para la víctima, que se siente más protegida en sus derechos a la dignidad e integridad física y psíquica.

Sin embargo, previo a la dictación de esta ley, nuestro ordenamiento jurídico ya incorporaba dentro de los incumplimientos graves de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, la conducta negligente del empleador, que no evita de manera eficiente, ni adopta las medidas necesarias frente a la conducta de acoso sexual dentro de la relación laboral.

A continuación, se citan partes del fallo que hasta ahora resulta el más importante en materia de acoso sexual laboral, a pesar de que al momento de su dictación, no se configuraba expresamente la causal de acoso sexual,

En la causa caratulada “R. C., D. G con FUCOA”¹⁸², la actora fundó su demanda, en haber incurrido el empleador en las causales N° 1, 5 y 7 del

¹⁸¹ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob cit, pág. 23.

¹⁸² CS, 09.03.2003, RLCH N° 1 (2004), Vol. 123, pág. 56-61

artículo 160 del Código del Trabajo, al no adoptar medidas adecuadas en resguardo de la salud e integridad de la trabajadora, conociendo la existencia de prácticas calificadas por la actora como de acoso sexual. Los hechos constitutivos de acoso sexual fueron las misivas escritas por J.C jefe superior directo de la trabajadora “...*detallan intenciones afectivas para con ella, y si bien existen pasajes que podrían configurar alguna situación de acoso por parte de quien las suscribe, las mismas son suficientes para establecer que tal conducta se materializó al interior del establecimiento en que trabajaba la demandante. Por otra parte, de las mismas es posible inferir que el comportamiento afectivo del Sr.J. C., fue desarrollado desde un cargo de superioridad en relación a la actora, y que ésta expresamente lo rechazó.*” La trabajadora denunció estas actitudes al Sr. Director de INDAP, quien se estableció en la causa, correspondía al empleador. En este contexto se reprochó al empleador haber incurrido en las causales mencionadas. La Corte Suprema dictaminó que respecto a la causal N° 1 del artículo 160, la prueba aportada era insuficiente, respecto a la causal N° 5 del artículo citado señaló que “*La negligencia de que se imputa al empleador es la de no haber adoptado una medida adecuada en resguardo de la salud e integridad de la trabajadora, conociendo la existencia de prácticas calificadas por ella como acoso sexual...la obligación del empleador de tutelar la persona y personalidad del trabajador, constituye un elemento característico del contrato de trabajo. La obligación es de cuidado y su objeto es la preservación de la integridad de la persona del trabajador y de su personalidad. En efecto, se cuida que el dependiente no sufra riesgos que puedan causar perjuicios a su salud e incluso se reconoce y respeta su integridad moral y su personalidad, tutelándolo frente a hechos que afecten su dignidad o que puedan influenciar o desviar su pensamiento*”

Al amparo de normas tales como el artículo 184 del Código del Trabajo y de los números 1° y 4° del artículo 19 de la Constitución Política, el Tribunal

Supremo determinó que *“es obligación del empleador tutelar la salud del trabajador y siendo un hecho de la causa el conocimiento de la situación de acoso que la demandante denunciaba, debe necesariamente concluirse que éste no adoptó con prontitud y eficiencia medida alguna para evitar el comportamiento del jefe directo de la actora, hecho que ocasionaba padecimiento y aflicción en aquella, como se demuestra con la licencia médica por stress laboral”*. Por lo tanto, la Corte Suprema determinó que *“el empleador de la actora incurrió en las causales de término del contrato de trabajo de los N° 5 y 7 del artículo 160 del Código del Trabajo”*

iii) Observar el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual.

Respecto a esta obligación existen dos normas relevantes:

El artículo 154 inciso 2° del Código del Trabajo que establece que: *“En el caso de las denuncias sobre acoso sexual, el empleador que, ante una denuncia del trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, no estará afecto al aumento señalado en la letra c) del inciso primero del artículo 168”*. De esta norma se desprende la intención del legislador de incentivar al empleador a seguir el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual, exceptuándolo del pago del recargo del 80% a la indemnización por años de servicio en caso de despido indebido basado en las causales del artículo 160, siendo obviamente la más atingente a la situación en estudio, el acoso sexual.

El artículo 171 inciso 3° del Código del Trabajo que establece que: *“Cuando el empleador no hubiera observado el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II, responderá en conformidad a los incisos primero y segundo precedentes.”*

Resulta un tanto complejo determinar que pretendió el legislador al incorporar este inciso. Al respecto en este trabajo se plantean dos interpretaciones:

En primer lugar, puede entenderse como la manifiesta intención del legislador, de sancionar con mayor rigurosidad al empleador que no observa el procedimiento establecido en el título IV del libro II, sobre acoso sexual. Es decir, acogida la demanda de despido indirecto por haber incurrido el empleador en una o más de las causales establecidas en el inciso 1° del artículo 171, fundada en la inobservancia del procedimiento sobre acoso sexual, el empleador deberá responder en conformidad a los incisos 1 y 2 del artículo 171, por tanto deberá pagar: la indemnización por años de servicio, indemnización sustitutiva del aviso previo, los recargos que correspondan dependiendo de la causal que haya invocado el trabajador y las otras indemnizaciones a que tenga derecho.

Esta última indemnización, que veremos con mayor detención en el próximo capítulo, se establece expresamente sólo para determinadas causales-letras a) y b) del N° 1 del artículo 160-. Lo que hizo el inciso 3° del artículo 171 fue incluir la inobservancia de procedimiento de acoso sexual, que se puede encuadrar dentro de la causal N° 7 o 5 del artículo 160, dentro de aquellas actitudes que permiten expresamente al trabajador exigir otras indemnizaciones a que tenga derecho.

En segundo lugar, puede considerarse que la inclusión de este inciso se debe a la incorporación de una nueva causal de despido indirecto. Si bien la causal N° 7 del artículo 160 es muy amplia y la inobservancia del procedimiento de acoso sexual cabe dentro del incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, el legislador pudo haber querido darle mayor énfasis a este hecho. Sin embargo, esta posición topa con un importante

obstáculo, cual es su aplicación práctica, ya al no incorporarse expresamente como nueva causal al no existir jurisprudencia a favor de esta posición, resulta muy arriesgado no invocar una de las causales establecidas en el inciso 1° del artículo 171.

Independiente de la posición que se tome frente a este inciso lo cierto es que el legislador claramente ha querido darle importancia a la inobservancia del procedimiento de acoso sexual y ha querido sancionar esta actitud del empleador con rigurosidad similar a la del acoso sexual.

Críticas al inciso 3° del artículo 171 del Código del Trabajo: a pesar de que el legislador da un importante paso al establecer este inciso, no regula una serie de detalles.

En primer lugar, no establece cual debe ser la magnitud de la inobservancia de procedimiento, por lo que queda a la jurisprudencia y la doctrina definirlo.

En segundo lugar, no expresa claramente, el porcentaje del recargo a la indemnización por años de servicio que corresponde en caso de incurrir en este hecho. Si se incorpora dentro de la causal N° 7 del artículo 160 debiera ser un recargo del 50%. Sin embargo, se deduce que cabe el recargo establecido para las causales del N° 1 y 5 del artículo 160, es decir, un 80 %. Esta interpretación se fundamenta, por un lado, en la interpretación armónica del inciso en estudio con el artículo 154 inciso 2°, en que se excluye del recargo del 80% al empleador que cumple íntegramente con el procedimiento de acoso sexual; por otro lado, la conducta de acoso sexual y la de inobservancia de la investigación y sanción del acoso sexual tienen la misma razón, el mismo sentido; una última razón es que en caso de inobservancia del procedimiento de acoso sexual el trabajador tiene derecho a solicitar las otras indemnizaciones a que

tenga derecho igual que en el caso de las causales de las letras a) y b) del N° 1 del artículo 160 en que el recargo es de un 80%.

El Título IV del Libro II, denominado “*De la investigación y sanción del acoso sexual*”, establece el procedimiento legal de investigación del acoso sexual, el que contempla los siguientes trámites: denuncia escrita, adopción de medidas de resguardo, investigación y aplicación de medidas o sanciones.

Para que el procedimiento seguido ante la entidad empleadora sea verdaderamente efectivo, el acoso no debe venir del empleador, ya que en este caso difícilmente podrá ser seguido con rigurosidad y objetividad, por lo que es más conveniente que la denuncia se presente directamente a la Inspección del Trabajo respectiva. A continuación se describe sucintamente el procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual.

La denuncia o reclamo escrito puede ser presentada por la persona afectada ante la Inspección del Trabajo respectiva o a la dirección de la empresa (artículo 211-A). En esta sección se analizarán los pasos a seguir por el empleador, en caso de que llegue a la dirección de la empresa una denuncia escrita de acoso sexual.

El procedimiento se inicia con la recepción por escrito de la denuncia de acoso sexual, presentada por la persona afectada ante la dirección de la empresa, establecimiento o servicio (artículo 211-A). Para los efectos de seguir el procedimiento, la empresa deberá designar a un cargo ejecutivo ante quien presentar el reclamo. Parece recomendable que sea ante el Gerente de Recursos Humanos o el jefe de Personal¹⁸³

Recibida la denuncia, el empleador debe:

¹⁸³ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob. cit, pág. 48.

a) Adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo. Son medidas de resguardo por ejemplo la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada. (artículo 211-B). Los profesores Lizama y Ugarte, consideran que estas medidas deben ser aplicadas por el empleador respetando los límites del *ius variandi*, por tanto pueden ser controladas por la Inspección del Trabajo, conforme al procedimiento previsto en el inciso 3° del artículo 12 del Código del Trabajo ¹⁸⁴

b) Disponer la realización de una investigación interna de los hechos, la que debe concluirse en el plazo de 30 días (Inciso 2° artículo 211-C) o, en el plazo de cinco días, remitir los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva. (Inciso 1° artículo 211-C).

La investigación interna se encuentra sujeta a los siguientes principios formativos del procedimiento: bilateralidad de la audiencia, escrituración y secreto¹⁸⁵. Los que se desprenden de lo establecido por el inciso 3° artículo 211-C del CT; *“Si se optare por una investigación interna, ésta deberá constar por escrito, ser llevada en estricta reserva, garantizando que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos,*

Las conclusiones a las que llegue quien se encuentra a cargo de la investigación, deberán enviarse a la Inspección del Trabajo respectiva (inciso 3° artículo 211-C del Código del Trabajo) que revisará la investigación efectuada por la empresa y formulará las observaciones que estime convenientes (artículo 211-D). Si bien el legislador no señala el tipo de

¹⁸⁴ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob. cit, pág. 40

¹⁸⁵ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob. cit, pág. 41

observaciones, en opinión de los profesores Lizama y Ugarte, éstas deben tener carácter jurídico y referirse al cumplimiento de los principios de bilateralidad, escrituración, secreto y a la calificación jurídica de los hechos constitutivos de acosos sexual¹⁸⁶. Las observaciones formuladas por la Inspección del Trabajo a la investigación efectuada por la empresa, o las conclusiones que la Inspección haga en caso de que los antecedentes le hayan sido remitidos, serán puestas en conocimiento del empleador, el denunciante y el denunciado (artículo 211-D)

Finalmente, en conformidad al mérito del informe, el empleador deberá dentro de los siguientes 15 días, contados desde la recepción del mismo, disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan (artículo 211-E). Las sanciones que el empleador puede aplicar al responsable de conductas de acoso sexual deberán estar establecidas en el reglamento Interno, aunque conforme a lo establecido en el artículo 154 N° 10 del Código del Trabajo, sólo podrán consistir en amonestación verbal, censura por escrito, multa de hasta el 25% de la remuneración diaria del trabajador, en uso de su potestad de variación podrá disponer la separación física definitiva de los trabajadores involucrados y finalmente podrá despedir al trabajador responsable, si los hechos son especialmente graves y resultan comprobados en el curso de la investigación¹⁸⁷ (artículo 160, N° 1 letra b)

II. REQUISITOS DE FORMA DEL DESPIDO INDIRECTO.

Una vez cumplidos con los requisitos de fondo ya analizados, esto es, que el trabajador decida poner término al contrato de trabajo a través del despido indirecto, debido a que el empleador ha incurrido en una de las

¹⁸⁶ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob. cit, pág. 43.

¹⁸⁷ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob. cit, pág. 46.

causales establecidas por el legislador, se produce un importante efecto, el término a la relación laboral. Sin embargo, para que el trabajador reciba el pago de las indemnizaciones correspondientes, que es otro importante efecto del despido indirecto, debe necesariamente cumplir con requisitos de forma, dentro de los cuales se encuentra, iniciar un procedimiento judicial. En sección del capítulo corresponde analizar los requisitos de forma, que son igualmente necesarios para configurar correctamente el despido indirecto y obtener todos sus efectos.

1. Etapa administrativa

En este trabajo se denomina etapa administrativa a los avisos que el legislador establece¹⁸⁸ y que el trabajador debe dar tanto al empleador como a la Inspección del Trabajo respectiva, comunicando su decisión de poner término al contrato de trabajo, en la forma y oportunidad señaladas en el artículo 162 del Código del Trabajo.

Según lo establecido en los incisos 1º y 2º del artículo 162 del Código del Trabajo, el aviso al empleador debe ser por escrito, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato de trabajo, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se funda, la que se entregará o deberá enviarse, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación del trabajador. Respecto al aviso a la Inspección del Trabajo respectiva, el inciso 3º del artículo 162 establece que es una copia del aviso al empleador, y debe enviarse dentro del mismo plazo, es decir, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la separación.

¹⁸⁸ Inciso 4º del artículo 171 del Código del Trabajo: “*El trabajador deberá dar los avisos a que se refiere el artículo 162 en la forma y oportunidad allí señalados*”

A la etapa administrativa, ya nos hemos referido en este capítulo, al tratar la manifestación de la voluntad del trabajador de poner término a la relación laboral a través del despido indirecto¹⁸⁹. Sin embargo, en esta oportunidad se analizarán con mayor detención, principalmente los aspectos relacionados con su importancia.

La etapa administrativa, compuesta por los avisos que se han explicado, cumple variadas funciones dentro del despido indirecto:

En primer lugar, como se señaló al revisar la voluntad del trabajador, los avisos son la manera más correcta de manifestar la voluntad de poner término al contrato de trabajo. Es importante reiterar que respecto a los efectos de la omisión de estos avisos existe jurisprudencia contradictoria, sin embargo, la mayoritaria considera que la omisión no impide la reclamación de las indemnizaciones correspondientes, por lo tanto, no son considerados una solemnidad. Esta posición es acertada si se tiene en cuenta que el derecho laboral no es formalista, y la falta de los avisos no puede dar origen a la pérdida de un derecho que la ley laboral consagra a favor del trabajador.¹⁹⁰ Además, se agrega un argumento de texto, es que la redacción del inciso octavo del artículo 162 del Código del Trabajo, subsana cualquier omisión en que se haya incurrido en la comunicación del despido y por remisión del despido indirecto: *“Los errores u omisiones en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación de pago íntegro de la imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato...”*

En segundo lugar, los avisos son una formalidad indispensable para asegurar una adecuada respuesta y defensa del empleador, ya que a través de

¹⁸⁹ Ver capítulo III, I, N° 1.

¹⁹⁰ PAREDES Z, Marcos, ob. cit, pág.139.

éstos, toma conocimiento de que el trabajador deja de prestar servicios haciendo uso del despido indirecto¹⁹¹

En tercer lugar, los avisos son importantes, ya que permiten al trabajador probar que efectivamente que fue él, y no el empleador, quien puso término al contrato de trabajo¹⁹². En atención al fin probatorio de los avisos, es conveniente que se realicen a través de carta certificada, el mismo día en que se ha puesto término al contrato de trabajo y no esperar hasta el tercer día, ya que puede dar pie al empleador para que invoque la causal N° 3 o 4 del artículo 160 del CT

También en atención al fin probatorio, es importante que el trabajador cumpla con enviar copia del aviso a la Inspección del Trabajo respectiva, ya que ésta lleva un registro de las comunicaciones de terminación del contrato que se le envían (inciso 3° del artículo 162 del Código del Trabajo)

En cuarto lugar, los avisos permiten la correcta contabilización del plazo de que dispone el trabajador para recurrir ante el juzgado respectivo, a fin de demandar el pago de las indemnizaciones respectivas. Este plazo es de 60 días hábiles contados desde la terminación.

2. Etapa judicial.

Si bien el trabajador pone término a la relación laboral con el sólo hecho de manifestar voluntad, debe iniciar un procedimiento judicial, a fin de obtener que el juez declare que los hechos invocados son constitutivos de una o mas de

¹⁹¹ ALFARO F, Jorge, ob. cit, pág. 99.

¹⁹² ALFARO F, Jorge, Ibíd.

las causales de despido indirecto y ordene el pago de las indemnizaciones reclamadas.

El inciso 1º del artículo 171 del Código del Trabajo, establece que :*“...el trabajador podrá poner término al contrato de trabajo 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...”*

Como se puede observar, iniciar el procedimiento judicial es de gran importancia para los intereses del trabajador, ya que es la única vía a través de la cual, puede lograr obtener el pago por parte del empleador de las indemnizaciones que le corresponden.

a. Plazo para interponer la demanda judicial.

El procedimiento judicial se inicia con la interposición de la demanda de despido indirecto, en la cual el trabajador solicita se ordene al empleador el pago de las indemnizaciones correspondientes. El legislador establece en el inciso 1º del artículo 171 del Código del Trabajo, que el trabajador debe recurrir al tribunal dentro del plazo de sesenta días hábiles, contados desde la terminación.

La doctrina mayoritaria¹⁹³ considera que este plazo podrá suspenderse, si el trabajador entabla el reclamo administrativo ante la Inspección del Trabajo respectiva, tal como se establece en el inciso final del artículo 168 de Código del

¹⁹³ NADAL S, Daniel, ob.cit, pág. 431. En similar sentido: GAMONAL C, Sergio, Introducción..., ob. cit, pág. 205, CS.19.06.2002, RDJ T XCIX, 2ºp, Sec 3º, pág. 128, 130-131.

Trabajo¹⁹⁴, en el caso de demanda por despido improcedente, injustificado o indebido. Sin embargo, el artículo 171 del Código del Trabajo, no se remite al artículo 168 ni se refiere expresamente a tal suspensión. Según la doctrina mayoritaria, la razón de la falta de referencia se debería a una omisión involuntaria del legislador.

Daniel Nadal S, considera ajustada a derecho la sentencia de la Corte Suprema, de 19 de junio de 2002, que determinó que el plazo de caducidad de la acción para reclamar de despido indirecto, aún cuando se tratase de mujeres amparadas por fuero maternal, era en conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 del Código del Trabajo, es decir, de sesenta días hábiles contados desde la separación del trabajador, plazo que aumentaba, máximo en 90 días hábiles, si había mediado reclamo administrativo¹⁹⁵.

Una opinión divergente es la del autor Patricio Mella F, quien considera que la falta de mención de la suspensión del plazo en el artículo 171, no es involuntaria, sino que se debe a que carece de objeto un eventual reclamo ante la Inspección del Trabajo, ya que sólo el juez puede ordenar el pago de las indemnizaciones si se establece la efectividad de la infracción¹⁹⁶.

En el mismo sentido, se encuentra un fallo de la Corte de Santiago que establece *“La normativa referente a la suspensión del plazo – que es de caducidad- establecido para que el trabajador reclame de un despido de que*

¹⁹⁴ Inciso final del artículo del artículo 168 del Código del Trabajo: “El plazo contemplado en el inciso primero se suspenderá cuando, dentro de éste, 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.”

¹⁹⁵ NADAL S, Daniel, ob.cit. pág. 431-432.

¹⁹⁶ MELLA C, Patricio, ob. cit, pág. 99

*ha sido víctima, no es aplicable, tanto por el juego del articulado que integra esa normativa, cuanto por las características propias de la situación denominada despido indirecto, que es la de la especie, en la que el trabajador termina la relación laboral y nada puede reclamar administrativamente a ese respecto*¹⁹⁷.”

b. Tribunal competente para conocer la demanda de despido indirecto.

El inciso 1º del artículo 171, establece que el trabajador debe recurrir al juzgado respectivo. Respecto a este punto, cabe aplicar la norma establecida en los artículos 415 a 424 del CT, de la cual se desprende que el tribunal respectivo es el Juzgado de Letras del Trabajo del domicilio del demandado, o el del lugar donde se presten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante.

En las comunas que no sean territorio jurisdiccional de los Juzgados de Letras del Trabajo, conocerán los Juzgados de Letras en lo Civil (artículo 421 del Código del Trabajo).

c. Procedimiento judicial propiamente tal.

El artículo 171 del Código del Trabajo no establece un procedimiento especial en el caso del despido indirecto, por lo que deben seguirse las reglas comunes y el procedimiento de aplicación general.

Actualmente se encuentra en marcha una reforma procesal laboral, que implica una profunda transformación en la justicia laboral, incluyedo la modificación de las reglas comunes y el procedimiento general que se han estado siguiendo hasta ahora y que se encuentran establecidos en los artículos

¹⁹⁷ Corte de Santiago, 01.12.2005, GJ 306, (pág. 292.)

425 a 458 ubicados en el libro V, capítulo II, título I, párrafos 1º y 2º del Código del Trabajo.

En el marco de la reforma procesal laboral, el capítulo II, antes citado, ha sido reemplazado por el establecido en el artículo único N° 15 de la ley 20.087 del 3 de enero de 2006, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del trabajo¹⁹⁸.

La reforma procesal laboral ha comenzado a regir en las diversas regiones del territorio nacional con la gradualidad establecida por la ley 20.252 del 15 de febrero de 2008¹⁹⁹.

El procedimiento de aplicación general “nuevo”, en contraposición al “antiguo”- que se aplica en aquellas regiones en que aún no ha comenzado a regir la reforma- se caracteriza por ser oral, público y concentrado; en él priman los principios de inmediatez, oralidad, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad. Las características y

¹⁹⁸ La ley 20.087 ha sido sustantivamente modificada por la ley 20.260 del 28 de marzo de 2008

¹⁹⁹ El artículo 8º de la ley 20.252 modifica el artículo 1º transitorio de la ley 20.087 en los siguientes términos:

Artículo 1º transitorio: “La presente ley comenzará a regir en las diversas regiones del territorio nacional, con la gradualidad que a continuación se señala:

En las Regiones III y XII la ley empezará a regir el 31 de marzo de 2008.

En las Regiones I, IV, V y XIV la ley empezará a regir el 31 de octubre de 2008.

En las Regiones II, VI, VII y VIII la ley empezará regir el 30 de abril de 2009.

En la Región Metropolitana la ley empezará regir el 31 de agosto de 2009.

En las Regiones IX, X, XI y XV la ley empezará a regir el 30 de octubre de 2009.”

principios de los nuevos procedimientos laborales no son desconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, ya que se han implementado en las conocidas reforma procesal penal y los nuevos tribunales de familia.

A muy grandes rasgos el nuevo procedimiento general se realiza de la siguiente manera: se desarrolla en dos audiencias, la primera preparatoria y la segunda de juicio. En la resolución que admite la demanda a tramitación, se cita a una audiencia preparatoria dentro de los 35 días siguientes a la resolución. El demandado debe contestar la demanda por escrito con a lo menos cinco días de antelación a la fecha de celebración de la audiencia preparatoria. En la audiencia preparatoria se lleva a cabo la etapa de discusión, consistente en la relación de los contenidos de la demanda, así como de la contestación y, en su caso, de la demanda reconvenzional y de las excepciones, se da traslado al demandante para la contestación de la demanda reconvenzional y las excepciones en su caso, de inmediato el tribunal se pronuncia sobre aquellas excepciones de previo y especial pronunciamiento indicadas en el artículo 453; acabada la etapa de discusión se da paso a la conciliación, si no se llega acuerdo se recibe la causa a prueba, cuando ello fuere procedente, fijándose los hechos a probar, las partes ofrecen la prueba a rendir en la audiencia de juicio.

En la audiencia de juicio, que no podrá fijarse en un plazo superior a 30 días desde la fecha de la audiencia preparatoria, se rendirá la prueba decretada por el tribunal y la ofrecida por las partes. Finalmente, el tribunal podrá pronunciar el fallo al término de la audiencia de juicio o, en todo caso, dictarlo dentro del plazo de décimo quinto día, contado desde la realización de esta.

Los recursos se rigen por las normas establecidas en el libro V, capítulo II párrafo V del Código del Trabajo y supletoriamente por las normas establecidas en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil.

La ley 20.260 del 28 de marzo de 2008 que modifica ley 20.087, establece importantes cambios en materia de recursos, tales como:

- Establece la procedencia del recurso de apelación sólo en el caso de las sentencias interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, las que se pronuncien sobre medidas cautelares y las que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social.

De la misma manera se concede la apelación de las resoluciones que fijen las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social.

- Tratándose de las sentencias definitivas, sólo es procedente el recurso de nulidad laboral, que se rige por las normas de los artículos 477 y siguientes. Este es un recurso nuevo en materia procesal laboral.

- Excepcionalmente, contra la resolución que falle el recurso de nulidad, podrá interponerse recurso de unificación de jurisprudencia. Este recurso procede cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de los Tribunales Superiores de Justicia. (artículos 483 y siguientes).

CAPITULO IV. EFECTOS DEL DESPIDO INDIRECTO.

I. TERMINO DEL LA RELACION LABORAL.

Si se parte de la base de que el despido indirecto pone término al contrato de trabajo, como lo considera prácticamente toda la doctrina comparada y parte de la nacional en forma expresa²⁰⁰, resulta una obviedad señalar que el término del contrato de trabajo es un efecto de la institución en estudio. Sin embargo, en esta oportunidad, corresponde aclarar ciertos puntos, respecto a este efecto del despido indirecto, que pueden resultar confusos.

1. La terminación del contrato de trabajo no requiere de declaración judicial.

En nuestro ordenamiento jurídico, el término del contrato de trabajo por aplicación del despido indirecto, se produce al momento de la manifestación de la voluntad del trabajador en dicho sentido, la cual tiene el carácter de irrevocable e implica que en ese momento el trabajador deja de prestar servicios para el empleador. Así lo expresa el legislador al establecer en el inciso 1º del artículo 171 *“el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación”*

A diferencia de lo que establece nuestro legislador, en el derecho español, a partir del artículo 50 del Estatuto de Trabajadores²⁰¹, la

²⁰⁰ Ver capítulo I, II, N° 4. Sobre las causales de terminación del contrato de trabajo

²⁰¹ Enumera las justas causas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato 50.1.a “ las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad

jurisprudencia y la doctrina han interpretado que: la solicitud de resolución fundada en incumplimiento del empleador exige, no sólo que el trabajador acuda ante el juez a solicitar la resolución del contrato, sino también, que durante esos trámites la relación laboral esté viva y que el trabajador siga prestando sus servicios o esté a disposición de la empresa, salvo que ello no fuese posible por afectar a su dignidad, por existencia de riesgo físico, porque el empresario hubiera procedido simultáneamente al despido, o porque se lesione de forma flagrante un derecho fundamental, como la libertad de conciencia. Por lo tanto, la decisión de la resolución del contrato de trabajo depende del juez, es decir, la sentencia es de carácter constitutivo²⁰².

2. Término de la relación laboral por despido indirecto o por renuncia del trabajador.

En nuestro ordenamiento jurídico el trabajador tiene la posibilidad, cumpliendo las exigencias impuestas por el legislador, de poner unilateralmente término al contrato de trabajo a través de: la renuncia del trabajador o el despido indirecto.

Entre ambas causales de terminación hay grandes diferencias, dentro de las cuales se destacan: En primer lugar, que en el caso de la renuncia el trabajador no requiere justificar su decisión; en cambio en el caso del despido indirecto, su fundamento es el comportamiento indebido del empleador, el cual debe enmarcarse en una de las causales establecidas por el legislador.

50.1.b “ Las faltas o retraso en el pago del salario”

50.1.c “ Otros incumplimientos graves y culpables del empresario”

²⁰² MARTIN V, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO G, Fermín Y GARCIA M, Joaquín, Derecho del trabajo, Décimo cuarta edición, Editorial Techos, Madrid, 2005, pág. 737. En el mismo sentido ALBIOL M, Ignacio, La extinción del contrato de trabajo, Tomo I, en Albiol et al. Compendio de derecho del trabajo, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 394; ALONSO O, Manuel y CASAS B, Maria Emilia, Derecho del trabajo, vigésimo tercera edición, Madrid, Editorial Thanson-civitas, 2005, pág. 534.

En segundo lugar, se diferencian en que la renuncia no da derecho al trabajador a indemnizaciones por término del contrato; en cambio, en el caso del despido indirecto, el juez ordena el pago de las indemnizaciones que correspondan.

En tercer lugar, los requisitos o exigencias que el legislador establece para una y otra causal son distintos; por ejemplo, en el caso de la renuncia, ésta debe ser por escrito y ratificarse de acuerdo al mandato legal, mientras que el despido indirecto, requiere de una etapa judicial, en que el juez declara que efectivamente el empleador ha incurrido en una causal de despido indirecto.

Es importante tener presente las similitudes y diferencias entre ambas instituciones, ya que en caso de que el tribunal concluya que no procede el despido indirecto, se entiende que el contrato ha terminado por renuncia del trabajador. Así lo ha establecido el legislador en el inciso 5 del artículo 171 del Código del Trabajo *“Si el tribunal rechazare el reclamo del trabajador, se entenderá que el contrato ha terminado por renuncia de éste”*.

Por lo tanto, es el tribunal quien finalmente determina si el contrato ha terminado por despido indirecto o por renuncia, es decir, si el trabajador decide aplicar el despido indirecto, la relación laboral llega a su término irrevocablemente. Sin embargo, puede resultar que a pesar de que el trabajador siga los pasos establecidos por el legislador, esto es, etapa administrativa y judicial, el tribunal rechace el reclamo - por ejemplo por que no se configura la causal invocada-, caso en el cual el contrato de trabajo termina por renuncia y se producen los efectos de esta.

II. PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO INDIRECTO.

El pago de las indemnizaciones por despido indirecto son ordenadas por el tribunal respectivo, cumplidas las etapas administrativa y judicial, siempre

que acoja la demanda de despido indirecto. Por diversos factores, la demanda de despido indirecto puede ser rechazada por el tribunal, por ejemplo, acoge alguna excepción perentoria opuesta por el empleador, la caducidad de la acción, los hechos invocados no son constitutivos de una causal de despido indirecto o no se logran acreditar los hechos, abandono del procedimiento, etc. En aquellos casos no cabe el pago de indemnización y, como ya se ha señalado, el contrato se entenderá terminado por renuncia

También, puede darse el supuesto de que el contrato de trabajo termine por despido indirecto, pero no se judicialice, ya que el empleador, acepta la causal imputada por el trabajador y se llega a acuerdo sobre las indemnizaciones que por ley debe pagar, en cuyo caso las partes firmarán el respectivo finiquito²⁰³. Este supuesto es sin duda muy extraordinario, prácticamente de laboratorio, ya que es muy difícil que el empleador acepte la casual que se le imputa y pague además, las indemnizaciones que la ley establece para el caso del despido indirecto, sin hacer valer su derecho a defensa o llegar a un acuerdo económico mas beneficioso para él, dentro del proceso judicial.

Por lo tanto, en la mayoría casi absoluta de los casos, como lo señala el inciso 1° del artículo 171 del Código del Trabajo, el trabajador *“podrá recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones”*

²⁰³ ALFARO F, Jorge, ob. cit, pág. 103.

1. Generalidades de las indemnizaciones por término del contrato de trabajo.

Antes de pasar a explicar cada una de las indemnizaciones que corresponden en caso de despido indirecto, es preciso situarnos dentro del tema, más general, de las indemnizaciones por término del contrato de trabajo.

La indemnización por término del contrato de trabajo en general, es considerada uno de los instrumentos más extendidos en la protección del trabajador ante la terminación del contrato, especialmente en el sistema de estabilidad en el empleo.

En el sistema jurídico chileno, la indemnización por término del contrato de trabajo ha sido de dos categorías: la que procede por causa de terminación del contrato de trabajo en general y la que procede por despido injustificado²⁰⁴, a la que debiera agregarse la que procede por despido indirecto.

Respecto a la naturaleza jurídica de las indemnizaciones por término del contrato de trabajo, han sido múltiples las teorías que han buscado explicarlas, dentro de las cuales destacamos las siguientes:

a) Teoría de la indemnización como pena o sanción: ve en la indemnización una sanción al empleador por haber despedido. Se trata de la pena que se le impone por haber infringido el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo o haber abusado de su poder disciplinario o de mando al insistir en el despido²⁰⁵.

²⁰⁴ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 265.

²⁰⁵ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 122.

Esta tesis se puede aplicar a la indemnización cuando procede por despido injustificado, ya que el empleador ha puesto término al contrato sin causa legítima, configurándose un despido arbitrario²⁰⁶. La indemnización en el caso de despido indirecto también compartiría esta naturaleza. Concordamos con la opinión de Thayer y Novoa de que los recargos a la indemnización en caso de despido injusto o indirecto, resultan una sanción al empleador. Esta teoría explicaría la compatibilidad de los recargos con cualquier indemnización que pudiere corresponder al trabajador en virtud de la ley, de sus estipulaciones individuales o colectivas del trabajo y tal compatibilidad o pago adicional que resulta de la relación laboral, pura y simple, es lo que le otorga esta nota distintiva de pena o sanción²⁰⁷.

b) Teoría del salario diferido o retribución complementaria diferida: de acuerdo a esta tesis, al trabajador se le retiene mensualmente una parte de su remuneración con la finalidad de entregársela como una suma global, al término de los servicios²⁰⁸. De aceptarse esta teoría, debería proceder la indemnización en caso de cualquier causa que diere término al contrato de trabajo, incluidas las que se configuran a partir de una falta del trabajador²⁰⁹, cuestión que por regla general no ocurre, por tanto, esta teoría no explica el derecho chileno.

c) Teoría de la indemnización como resarcimiento del daño causado: de acuerdo a esta tesis, la indemnización tiene por objeto resarcir los daños que sufre el trabajador a causa del despido. Según esta teoría, la indemnización sustitutiva del aviso previo corresponde a la indemnización del el

²⁰⁶ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 265. En similar sentido: THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit., Tomo III, pág. 123.

²⁰⁷ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 123.

²⁰⁸ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, Ibíd.

²⁰⁹ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 265.

lucro cesante como expresión de la pérdida inmediata y actual de un bien y las otras indemnizaciones responden a la idea de reparar el daño emergente²¹⁰.

d) Teoría del daño de antigüedad: la antigüedad es una circunstancia de hecho que se funda en los servicios prestados por una cantidad objetiva de tiempo, sobre la que se dan y originan una serie de derechos de carácter inderogables. La antigüedad, sin embargo, no puede invocarse en otro trabajo, por lo que tampoco se puede exigir el reconocimiento de una serie de prerrogativas que los años de servicio implican. Esta teoría se basa en que la indemnización constituye una compensación por la pérdida de los mayores beneficios que da la antigüedad²¹¹.

e) Teoría del premio a la fidelidad: la indemnización por años de servicio le corresponde a los trabajadores que se han desempeñado por algún tiempo en la empresa, dedicándole sus esfuerzos, por tanto, tienen derecho a una indemnización similar a los aguinaldos²¹².

f) Teoría del mayor valor de la empresa: al trabajador se le debe una parte del incremento de la empresa. El sueldo corresponde a lo que la empresa gana cada año y la indemnización a lo que se valoriza el establecimiento. Se le critica a esta teoría, que no explica, porqué cuando la empresa tiene pérdidas, igual el trabajador tiene derecho a la indemnización²¹³.

De la revisión de las principales teorías respecto a la naturaleza de las indemnizaciones tarifadas resulta complejo adoptar sólo una, ya que cada

²¹⁰ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit., Tomo III, pág. 124.

²¹¹ TUBINO T, Alejandra, De la indemnización por años de servicio y su marco histórico, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Viña del Mar, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 2000, pág. 19.

²¹² GAMONAL C, Sergio, El daño moral por término del contrato de trabajo, Santiago, Editorial Editrem, 2000, pág. 48.

²¹³ GAMONAL C, Sergio, El daño..., ob. cit, pág. 49.

una explica algún aspecto o valor. Es por esto que en este trabajo no se opta por una de ellas, sino que se consideran especialmente adecuadas las teorías del daño de antigüedad, salario diferido y, en el caso de los recargos, la sanción al empleador.

2. Indemnizaciones que corresponden por despido indirecto.

En los incisos 1° y 2° del artículo 171 del Código del Trabajo se establecen, a través de distintas técnicas legislativas²¹⁴, las indemnizaciones que corresponden por despido indirecto.

El inciso 1° se refiere a que “...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 éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162, y en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal 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 inciso 2° establece que tratándose de las causales a) y b) del N° 1 del artículo 161 *“...el trabajador podrá reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de las acciones que concede el inciso anterior, las otras indemnizaciones a que tenga derecho.”*

A continuación se exponen detalladamente las distintas indemnizaciones que tiene derecho a reclamar el trabajador que invoca despido indirecto:

²¹⁴ Remisión, reglamentada expresamente en el caso de los recargos o de manera general en el caso de las otras indemnizaciones.

a. Indemnización por falta de aviso previo o sustitutiva del aviso previo.

El inciso 1° del artículo 171 permite que el trabajador reclame el pago de esta indemnización, al establecer que puede recurrir al juzgado competente, a fin de que este ordene el pago de la indemnización establecida en el inciso 4° del artículo 162 del Código de Trabajo, la que justamente se refiere al la indemnización por falta de aviso previo o sustitutiva del aviso previo.

La indemnización por falta de aviso previo procede cuando el empleador no comunica al trabajador, con a lo menos treinta días de anticipación, la terminación del contrato de trabajo. Esta indemnización es equivalente a la última remuneración mensual devengada (inciso 4° del artículo 162 del Código del Trabajo). La última remuneración mensual devengada, debe regirse por lo preceptuado en el artículo 172 del Código del Trabajo²¹⁵.

La procedencia de esta indemnización, en el caso del despido indirecto, donde el trabajador es el que pone término al contrato de trabajo, no se explica a simple vista, hay que buscar su fundamento en la procedencia de la indemnización sustitutiva del aviso previo, en el caso del despido injustificado indebido o improcedente (Inciso 1° del artículo 168 del Código del Trabajo). En ambos casos, por un lado, el empleador ha procedido de manera condenable, y por otro, el trabajador ha sufrido un perjuicio, consistente en la pérdida de su trabajo. Con la indemnización por falta de aviso previo se cubriría el perjuicio inmediato, que es no percibir la última remuneración devengada. Además, si procede ésta indemnización en el despido por necesidades de la empresa y

²¹⁵ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 267.

desahucio, no tendría sentido privar al trabajador en este caso, si el empleador es el que ha actuado ilegítimamente.

En un inédito fallo de la Corte de Santiago, se declara improcedente la indemnización por falta de aviso previo en una causa de despido indirecto, en atención a los siguientes argumentos: *“Que, por tratarse de un despido indirecto, no resulta procedente en estos autos condenar al demandado al pago de indemnización alguna por concepto de falta de aviso previo, desde que el término de la relación laboral se produjo precisamente a instancia exclusiva del demandante, sin que ello haya tenido intervención el demandado.”* (cons. 2°)²¹⁶

La opinión expresada en este fallo de la Corte de Santiago es jurisprudencia minoritaria, aún más, es la única que se ha encontrado que rechaza dicha indemnización.

b. Indemnización por años de servicio.

Tiene como causa directa la terminación del contrato de trabajo. Su fundamento jurídico lo podemos encontrar en las distintas teorías mencionadas en el punto anterior. Por ejemplo, puede considerarse la antigüedad del trabajador, o el perjuicio causado²¹⁷, en el caso del despido indirecto su fundamento también se encuentra en la sanción al empleador.

La indemnización por años de servicio se encuentra regulada en el artículo 163 del Código del Trabajo. Tal precepto, distingue entre indemnización por años de servicio convencional, legal general e indemnización de trabajadores de casa particular. Las normas de este artículo que importan a la

²¹⁶ Corte de Santiago, 24.04.2006, GJ 310, pág. 266-267

²¹⁷ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 267.

institución en estudio son, el inciso 1° que se refiere a la indemnización convencional y el inciso 2° que se refiere a la indemnización legal.

La indemnización convencional es la que pactan las partes del contrato de trabajo, ya sea por instrumento colectivo o individual. Lo interesante de esta indemnización es que sólo puede mejorar las condiciones de la indemnización legal en beneficio del trabajador^{218,219}.

La indemnización legal, es aquella establecida expresamente por el legislador, y que el empleador se encuentra obligado a pagar, cuando el contrato hubiere estado vigente un año o más. El inciso 2° del artículo 163 regula el monto de esta indemnización en los siguientes términos “...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, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá como límite máximo de trescientos treinta días de remuneración”

El inciso 1° del artículo 171, se remite a la indemnización convencional y la legal general, por lo tanto, no se aplica la institución en estudio en el caso de exigir otras indemnizaciones por años de servicio, como son: la indemnización de trabajadores de casa particular y la indemnización sustitutiva y a todo evento (artículo 164 del Código del Trabajo), las que proceden sin importar la causal por la que se ha puesto término al contrato de trabajo y sin requerir de declaración judicial que ordene su pago.

²¹⁸ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 268.

²¹⁹ Inciso 1° del artículo 163 del Código del trabajo “ Si el contrato hubiere estado vigente un año o mas y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, al momento de la terminación, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individualmente o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente”

c. Recargos a la indemnización por años de servicio.

Se refieren al aumento de la indemnización por años de servicio en un porcentaje determinado por la ley. En nuestra legislación cabe en los casos de despido injusto, indebido o improcedente y despido indirecto, lo que confirma, por un lado, la similitud en el tratamiento por parte del legislador de las indemnizaciones que corresponden en ambos despidos y, por otro, la opinión de que en los recargos se encuentra envuelta la idea de sanción al empleador.

El artículo 171 establece los siguientes recargos, en caso de despido indirecto: de un 50% en el caso de que la causal sea la del N° 7 del artículo 160. Si la causal es la del N° 1 o 5 del artículo 160, el recargo podrá ser hasta de un 80%, lo que deja a criterio del juez determinar el porcentaje exacto entre el 50% y 80%.

d. Indemnización por daño moral:

La procedencia de la indemnización por daño moral en la terminación del contrato de trabajo es un tema de reciente discusión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional. En el ámbito legislativo ha sido planteado recientemente, con motivo de la discusión de la ley 20.005 sobre acoso sexual.

A fin de abordar el daño moral desde el punto de vista del despido indirecto, se seguirá la siguiente estructura de análisis. Primero, adoptaremos un concepto, para luego seguir con la determinación de la procedencia de indemnización por daño moral en la terminación del contrato de trabajo y en caso de llegar a una respuesta afirmativa, determinar si el daño moral corresponde por responsabilidad extracontractual o contractual, para finalmente analizar la jurisprudencia sobre la materia.

i. Concepto de daño moral.

Existe una dificultad compartida por las distintas tradiciones jurídicas, la de expresar el alcance y contenido del daño moral. En el derecho de la responsabilidad civil se habla de daño moral en simple oposición al daño económico o patrimonial²²⁰.

Permite identificar con mayor claridad el daño moral, distinguir las diversas manifestaciones del mismo. Dentro de estas manifestaciones encontramos por ejemplo, todas las consecuencias adversas, que afectan la constitución física o espiritual de la víctima y que se expresan, por un lado, en angustia dolor o malestar físico o espiritual y, por otro lado, en la disminución de la alegría de vivir, el daño moral también presenta una cara, que no es sufrimiento que se traduzca en un mal para la víctima, sino en la privación de ciertas ventajas de la vida, a lo que se ha denominado perjuicio de agrado²²¹. Es decir, el daño moral se traduce, por una parte, en el dolor o sufrimiento, y por otra, en las alegrías que se dejan de gozar.

ii. Procedencia de la indemnización del daño moral en la terminación del contrato de trabajo

Dentro del ámbito del derecho civil, el daño moral por responsabilidad extracontractual ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia desde fines del siglo pasado. Distinto es el caso en materia de responsabilidad contractual, donde el daño moral ha sido aceptado sólo en los últimos tiempos y en situaciones específicas, generalmente ligado a contratos en que el deudor

²²⁰ BARROS B, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica, 2006, pág. 287.

²²¹ BARROS B, Enrique, ob. cit, pág. 290-291.

asume una obligación de seguridad²²², tales como el contrato de transporte y por accidentes del trabajo. En todo caso, la tendencia actual es aceptar la procedencia de la indemnización por daño moral en materia de responsabilidad contractual, siempre que el contrato cautele intereses de carácter personal y no sólo económicos o patrimoniales.

En materia laboral, el daño moral ha sido aceptado e indemnizado principalmente en los casos de accidentes del trabajo, lo cual ha tenido una importante e interesante evolución en nuestro ordenamiento jurídico, pero no corresponde tratar en este trabajo

La pregunta que nos interesa responder relacionada con el despido indirecto, es si procede la indemnización de daño moral por término del contrato de trabajo y de ser afirmativo, si cabe en el caso de la institución en estudio. Al respecto existen dos posiciones a las que nos referiremos a continuación:

(a) Procede la indemnización del daño moral en caso de terminación del contrato de trabajo.

La primera posición seguida en la doctrina nacional, principalmente por Sergio Gamonal, considera que la naturaleza de la relación laboral, especialmente el contenido ético-jurídico, impone deberes cuya trasgresión puede causar daños patrimoniales y extrapatrimoniales²²³. Respecto a la indemnización por los daños extrapatrimoniales, el profesor Gamonal sostiene que en nuestro derecho, existen tres situaciones en las cuales podría plantearse la necesidad de reparar el daño moral: el despido injustificado que deriva del despido abusivo, el despido abusivo contemplado en el artículo 168

²²² BARROS B, Enrique, ob. cit, pág.340.

²²³ GAMONAL C, Sergio. El daño..., ob. cit, pág. 61.

inciso 3° y, la causal que nos interesa, el despido indirecto²²⁴. Agrega que aún si se está en alguna de estas situaciones, no es motivo suficiente para indemnizar el daño moral, sino que debe configurarse una hipótesis de despido especialmente injustificado, además, el daño debe ser de cierta entidad, es decir, el daño moral debe ser indemnizado excepcionalmente, en ocasiones limitadas²²⁵.

Como la reparación adicional sólo puede admitirse en situaciones excepcionales y no en cualquier despido, Mangarelli y Castello²²⁶ señalan los siguientes criterios, a fin de determinar si la entidad del daño moral amerita su indemnización:

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

Para los autores que adoptan esta posición, las indemnizaciones tarifadas, es decir por años de servicio y sustitutiva de aviso previo, no comprenden el eventual daño moral sufrido por el trabajador, por ende, son plenamente acumulables. La justificación a esta posible acumulación estaría dada por los siguientes argumentos²²⁷.

²²⁴ GAMONAL C, Sergio, El daño..., ob. cit, pág. 61.

²²⁵ GAMONAL C, Sergio, El daño..., ob. cit, pág. 61 y 69.

²²⁶ MENGARELLI, Cristina y CASTELLO, Alejandro. Despido indirecto e indemnizaciones de daños superior a la tarifada, En revista Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XL, N° 185, enero-marzo 1997, pág. 262. (Citada por GAMONAL C, Sergio. El daño..., ob. cit, pág. 61)

²²⁷ GAMONAL C, Sergio. El daño..., ob. cit, pág. 69-70.

Primero, la naturaleza de las indemnizaciones son distintas. Las tarifadas buscan la reparación de los perjuicios patrimoniales causados por el despido y no tendrían en consideración los daños reales para su cálculo; también, obedecen a fines de fidelidad, de construir una especie de previsión y asistencia social y promover la estabilidad en el empleo. Respecto a los recargos impuestos por el legislador, tendrían como fundamento la sanción al empleador y el refuerzo a la estabilidad en el empleo.

Segundo, si se considerase improcedente la acumulación de la indemnización del daño moral a las establecidas en el código, para los casos estudiados, el Código de trabajo consagraría una verdadera impunidad del empleador respecto de los eventuales daños morales que causare al trabajador.

Tercero, 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.

Cuarto, la reparación del daño moral contractual y extracontractual se encuentra fundamentado en la Constitución Política (artículo 1° inciso 1, 19 N° 1, 16, 7 letra i, 38 y 76), lo cual no excluye al derecho laboral.

(b) No procede la indemnización del daño moral en caso de terminación del contrato de trabajo.

La segunda posición, sostiene que no procede la indemnización del daño moral por término del contrato de trabajo, adicional a las tarifadas que establece el Código del Trabajo. Los autores que siguen esta postura²²⁸ consideran que las indemnizaciones tarifadas abarcan todos los eventuales

²²⁸ GAMONAL C, Sergio. El daño..., ob. cit, pág. 62-63

perjuicios producidos por el despido injustificado, abusivo o despido indirecto, correspondiendo su pago se hayan producido o no daños. En otras palabras, el efectivo perjuicio producido por el daño moral, así como cualquier otro perjuicio derivado del despido, está de cierta manera incorporado o reconocido en las indemnizaciones a pagar y, especialmente en sus incrementos, de tal manera que éstas, aunque mantienen un origen compensador, no se ciñen a la valoración específica de los daños ocasionados, sino que alcanza un valor pretasado y preestablecido²²⁹. Lo anteriormente expuesto se complementa con los siguientes argumentos:

Primero, el hecho que el legislador haya establecido una indemnización tarifada, a fin de que el costo económico que su pago representa para el empleador, no afecte la continuidad de la actividad productiva.

En segundo lugar, se sostiene 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 del contrato de trabajo y, que si el legislador hubiere deseado establecer una indemnización mayor, lo habría hecho expresamente²³⁰.

iii. Responsabilidad contractual o extracontractual, por el daño moral producido.

En caso de considerar que procede la indemnización del daño moral en los casos identificados en el punto anterior, surge otra interrogante que se relaciona con la naturaleza de la responsabilidad del empleador. Es relevante

²²⁹ GAMONAL C, Sergio, El daño..., ob. cit, pág. 62-63. En sentido similar: ALBURQUERQUE F, Jaime. Improcedencia de la indemnización por daño moral. En Manual de consultas laborales y previsionales N° 259, Santiago. Diciembre 2006, pág. 121-122.

²³⁰ GAMONAL C, Sergio. El daño..., ob. cit, pág. 62-63

determinar si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual, a fin de saber por qué normas se rige y que tribunal es el competente para conocer de las reclamaciones que surjan.

Al respecto también existen dos posiciones. La primera, con la cual concordamos, considera que el daño moral en los casos de despido indirecto, injustificado o abusivo, es de carácter contractual. Se basa en que el daño moral es producto de un hecho, que transgrede las obligaciones contractuales, siendo indiferente que los efectos del daño puedan percibirse cuando el contrato ya no esté vigente²³¹, el tribunal competente es el Juzgado de Letras en lo Laboral respectivo y se rige por el procedimiento ordinario establecido en el Código del Trabajo.

La posición contraria sostiene que se trata de responsabilidad extracontractual, ya que el perjuicio moral se produce al término de la relación laboral, una vez cesado el contrato²³², por tanto, el tribunal competente es el ordinario, es decir, un Juzgado de Letras y se rige por el procedimiento ordinario establecido en el Código de Procedimiento Civil.

iv. Jurisprudencia sobre la indemnización del daño moral.

La jurisprudencia sobre la indemnización del daño moral en el despido indirecto, resulta muy escasa (apenas se encuentra un fallo) por lo que se ha optado por citar jurisprudencia relacionada no sólo con la institución en estudio, sino que también incorporar las sentencias que se pronuncian sobre la

²³¹ GAMONAL C, Sergio. El daño..., ob. cit, pág. 66-67.

²³² SALGADO P, Gabriela, Deberes y derechos del empleador y del trabajador, Globalización económica y derecho individual de trabajo, IV Congreso Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 1998, pág. 176, y DOMINGUEZ A, Ramón, Reparación del daño moral por despido injustificado, En revista chilena de derecho, Vol. 25 N° 2, pág. 444. (citados por GAMONAL C, Sergio. El daño..., ob. cit, pág. 66.)

indemnización por daño moral en los casos de despido injustificado. Consideramos que el fundamento de la indemnización por daño moral, es similar en ambas instituciones.

La primera sentencia en reconocer la existencia del daño moral en el término del contrato de trabajo, y por tanto, la mas comentada entre los autores, es la recaída sobre la causa “Céspedes Ortiz con Banco del Estado”²³³. En este caso, un trabajador del Banco del Estado con más de 30 años de servicio, fue despedido por falta de probidad, porque según su empleador, había usufructuado de dineros provenientes de créditos otorgados por él y había otorgado créditos sin suficiente garantía. Una vez que el Banco fue condenado por despido injustificado en sede laboral, el trabajador demandó ante el juez civil por el perjuicio moral que le había ocasionado este despido. La Corte Suprema, acoge la demanda del trabajador y acepta que las indemnizaciones laborales (sustitutiva del aviso previo y por años de servicio) no cubren otros perjuicios causados al dependiente²³⁴.

El año 2001 en la causa caratulada “Quilodrán con Banco Sudamericano”, la Corte de Rancagua confirma la sentencia apelada, en virtud de la cual, se acoge demanda de indemnización del daño moral sufrido por la aplicación improcedente de la causal de terminación de los servicios, el cual le produjo al actor, entre otros perjuicios, quebrantos morales, estados depresivos, estrés, agravios a su autoestima al verse injustamente despedido. La Corte de Rancagua establece los siguientes criterios: *“El trabajador que ha sido objeto de un despido injustificado no queda privado del derecho a demandar la reparación del daño moral que un despido injustificado le ha causado, en*

²³³ CS, 13.05.1999 (comentada por GAMONAL C, Sergio. El daño..., ob. cit, pág. 74-76. En el mismo sentido: LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob. cit, pág. 56-57.

²³⁴ LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob. cit, pág. 56-57.

particular si la causal esgrimida, como es el caso de autos, es de aquellas que ofenden el honor y la integridad del dependiente... la indemnización por años de servicio ordenada, pagar en causa laboral...no tiene el carácter preparatorio de daños, sino un fundamento exclusivamente laboral y más bien compensatorio de la capacidad de trabajo entregada durante el tiempo de servicios del empleador”²³⁵.

La Corte Suprema acogió recurso de casación en la forma, presentado por la parte demandada, y dictó la sentencia de reemplazo que rechazó la demanda de indemnización de daño moral, esgrimiendo los siguientes argumentos²³⁶:

“En el evento de que la trabajadora estime que la causal imputada es injusta o indebida, se contempla un procedimiento para reclamar de tal situación, el cual puede concluir...con la condena del empleador, tanto al pago de las indemnizaciones como al del incremento fijado por el legislador para el caso...La existencia expresa y específica de estas indemnizaciones, que son propias del derecho laboral, constituyen de por sí un resarcimiento a la ruptura del nexo contractual laboral que unía un trabajador con su empleador...Por consiguiente, la existencia de estas indemnizaciones fijadas por ley, de por sí compensa la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente laboral, incluyendo en esta el daño moral experimentado por el trabajador indebidamente despedido.”

Dentro de las consideraciones que tubo la CS en esta sentencia, se destaca la siguiente: *“Lo antes explicado constituye la regla general, la cual no excluye que en casos especiales, pueda también accederse a reconocerse a*

²³⁵ Corte de Rancagua, 23.07.2001, MCLP 206, pág. 111-114.

²³⁶ CS, 12.12.2001, MCLP 206, pág. 117-120.

favor de un trabajador una indemnización adicional a la fijada por la ley laboral, si se demandan y se prueban perjuicios extraordinarios, como lo sería el daño moral...”. sin embargo, en este caso considera que “...los argumentos del actor, para pedir una indemnización mayor a la ya pagada por la demandada en sede laboral, no revisten las características excepcionales que puedan dar lugar a la demanda”

En sentencia de 02.07.2003, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo, en contra de sentencia de alzada que confirmaba el fallo de primera instancia, que condenaba al demandado al pago de la indemnización del daño moral por despido injustificado y, confirmando los criterios ya señalados, señaló que *“el fallo dio por establecido cada uno de los requisitos que determinan el cuasidelito civil que se sancionó, y en esos términos, como lo entendieron los jueces del grado, es innecesaria una declaración previa de responsabilidad penal por los mismos hechos. En este contexto, forzoso es concluir que cuando se trata de un cuasidelito civil, no cabe la aplicación de la ley penal y, por tanto, es inaceptable la infracción... al artículo 10 del Código de Procedimiento Penal”*²³⁷

Las sentencias revisadas, hasta el momento tienen una serie de elementos en común, por ejemplo, han fallado sobre la indemnización del daño moral por despido injustificado, se iniciaron por demandas interpuestas en sede civil una vez dictada sentencia que acoge el despido injustificado en sede laboral y se ha establecido la responsabilidad extracontractual. Lo cual sin duda sienta un precedente en cuanto a la manera de accionar por daño moral tanto en el caso de despido injustificado, abusivo o indirecto.

²³⁷ CS, 24.04.2003, MCLP 223, pág. 92-95.

Sin embargo, dos fallos contradicen la línea de argumentos más o menos delineada en las sentencias anteriores. En primer lugar, se encuentra la causa caratulada “Villalobos con Alfa Chilena S. A”, en este caso la actora dedujo demanda de despido indirecto en contra de su empleador por haber incurrido éste en las causales de terminación del contrato de trabajo contempladas en el artículo 160 N° 1 letras a) y c)²³⁸, la cual fue acogida por el tribunal de primera instancia, que condenó al demandado al pago de las indemnizaciones tarifadas y rechazó la solicitud de indemnización del daño moral, señalando que *“La hipótesis de procedencia de daño moral derivado del despido, ha de estimarse que es factible sólo en presencia de una invocación unilateral, excepcionalmente abusiva por parte del empleador de una causal de caducidad que obligue a resarcir el perjuicio económico en la esfera moral del afectado no cubierta por las indemnizaciones tarifadas del ordenamiento laboral vigente. Tales requisitos no se verifican en la especie.”*²³⁹ De esta cita se desprende, en primer lugar, que el tribunal no se declaró incompetente para conocer de la indemnización del daño moral, por lo tanto, reconoció la posibilidad de solicitar esta indemnización en sede laboral. En segundo lugar, el tribunal no rechazó la indemnización del daño moral porque considerara que éste daño se encontraba cubierto por las indemnizaciones tarifadas, sino por falta de causales excepcionalmente abusivas.

La Corte de Santiago en sentencia de alzada, acogió la demanda de indemnización del daño moral *“teniendo presente que la actora funda su petición de indemnización del daño moral en la existencia de enfermedad profesional-depresión severa de origen laboral – que sufrió a consecuencia de*

²³⁸ Los hechos en que la actora funda las causales esgrimidas son: dirigirse a la trabajadora con gritos, y provocar en esta llanto, clima de maltrato y hostigamiento, restricción injustificada de las comunicaciones telefónicas, actitudes sarcásticas y desdeñosa en relación a la calidad profesional de la empleada.

²³⁹ 8° JLT de Santiago, 01.10.2003, MCLP 259, pág. 123-127.

la conducta culposa de su empleador... la existencia del daño moral que alega haber sufrido la demandante como consecuencia de la actitud de su jefe directo.... se acredita con los antecedentes de prueba aportados por dicha parte... razón por la cual procede a acoger la demanda, también respecto de la indemnización de este daño, regulándose prudencialmente el monto de la respectiva indemnización.”²⁴⁰

La Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo, interpuesto por la parte demandada, contra de la sentencia de alzada que acogía la demanda indemnizatoria del daño moral. La Corte Suprema dio los siguientes argumentos para invalidar la sentencia, y por tanto, rechazar la indemnización del daño moral: *“Los malos ratos, molestias, sufrimientos y frustraciones que pueden derivar con motivo, o ser la consecuencia de cumplimiento o incumplimiento laboral, que pueda incluso significar causales de caducidad de un contrato de trabajo, no importan o indican un daño indemnizable, ya que en la legislación laboral es un riesgo general que se contempla en el incremento de la indemnización por años de servicio prevista en el artículo 168 del Código del Trabajo, que en este caso fue de un 80%... al acoger esta indemnización, en juicio sobre despido, se infringe el artículo 176 del Código del Trabajo, ya que es incompatible la indemnización por los años de servicio, con cualquier otro tipo de indemnización (cons. 1°)...de esta manera, en atención a la existencia expresa y específica de dichas indemnizaciones en la materia que compensan la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente de trabajo, aún cuando tal sufrimiento no esté explícitamente previsto por el legislador, es que debe concluirse que la indemnización por el daño moral concebida de manera distinta a la ya examinada y que pudo producir un despido laboral, carece de sustento*

²⁴⁰ Corte de Santiago, 12.10.2004, MCLP 259, pág. 128.

en la materia y, por ende, la petición en tal sentido debe ser rechazada” (con. 6°)

La Corte Suprema además, se pronunció respecto a la competencia de los tribunales del Trabajo, para conocer de la acción indemnizatoria del daño moral: “ *Que además , para conocer de la acción que pretenda el resarcimiento del daño moral que pudiera haberse causado con motivo de hechos acontecidos con posterioridad al despido o autodespido, perfectamente admisible, no resultan competentes los juzgados del trabajo, por cuanto su fundamento está constituido por la responsabilidad extracontractual y no la contractual, que es la que se ha hecho valer en esta causa basada en la falta de probidad cometida por el empleador ” (cons. 8°)*²⁴¹.

En segundo lugar, encontramos la causa caratulada “Cuadra Acevedo con Comercial Palm Beach”. En este caso, tanto el tribunal de la instancia como la Corte de Santiago acogieron, junto con la solicitud de las indemnizaciones tarifadas correspondientes la indemnización del daño moral solicitada por la actora. Los hechos que se tuvieron por acreditados, y que, configuraron las causales del N° 1 y 7 del artículo 160 fueron: La supervisora y la jefa del local en que se desempeñaba la actora le imputaron a ésta, en forma inadecuada, inconveniente, injuriosa y sin justificación alguna, ser responsable de la pérdida de productos que no especificaron. A raíz de este incidente, en que también participó uno de los dueños del local comercial, y debido al estado en el que quedó la actora, se le concedió licencia médica y al finalizar ésta, la trabajadora decidió poner término al contrato de trabajo, enviando las respectivas comunicaciones, de conformidad con las facultades que le confiere el artículo

²⁴¹ CS. 24.10.2006, MCLP 259, pág. 128-133.

171 del Código del Trabajo e invocando las causales N° 1y 7 del artículo 160 del mismo texto legal.

El tribunal de la instancia acogió la indemnización del daño moral en base a los siguientes fundamentos: *“Que durante la relación laboral cuando el empleador incurre en acciones u omisiones que le son imputables y que atentan en contra de la integridad psíquica, física o la honra del trabajador, resulta plenamente procedente la indemnización del daño moral, y así se ha resuelto reiteradamente por este juzgado y por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, ya que las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona, y en el ejercicio de sus facultades el empleador tiene como límite el respeto de las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial, en cuanto pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos como lo prescriben los artículos 1° y 5° del Código del Trabajo...Constituye una imputación calumniosa, ya que dice relación con un delito específico pesquisable de oficio, de modo que genera no sólo responsabilidad del daño emergente y el lucro cesante sino también el daño moral” (cons. 11°)*²⁴².

Finaliza sus fundamento señalando que :*“Las indemnizaciones que prescribe el artículo 171 del Código del Trabajo, en relación con los artículos 162 y 163 del mismo cuerpo legal, las ha establecido la ley con el objeto de resarcir los perjuicios patrimoniales causados por la terminación del contrato de trabajo, por ende no pueden extenderse a los perjuicios extrapatrimoniales que por excepción puedan ocasionarse; por ello, en el evento de haberse inferido*

²⁴² 6° JLT de Santiago, 30.05.2005, Rol 2.694-2004, www.lexisnexis.cl , jurisprudencia on line.

*una lesión o daño moral, como ocurre en el caso sublite, debe ser indemnizando y regulado en forma separada...”(cons. 11°)*²⁴³

La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Corte de Santiago, respecto a lo cual la parte demandada recurre a la casación en el fondo. Este recurso es acogido por la Corte Suprema, que se pronuncia en los siguientes términos:

*“Que respecto al daño moral, pretendido por la trabajadora y que se funda en los hechos que han dado origen a la terminación de la relación laboral que ésta ha impetrado, cabe señalar que esta Corte ha resuelto en causas similares....que las instituciones correspondientes a la indemnización por falta de aviso previo y por años de servicio, propias del derecho laboral, constituyen los únicos resarcimientos que la ley contempla, originados en la relación de trabajo que unió a las partes y en su conclusión irregular. En efecto, incluso la indemnización por años de servicios puede ser incrementada en los porcentajes previstos en el Código del Ramo. Así, en atención a la existencia de dichas indemnizaciones específicas en la materia, las que compensan la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente de trabajo, aún cuando tal sufrimiento no esté explícitamente contemplado por el legislador, es que debe concluirse que la reparación del daño moral concebido de manera distinta a la señalada, y que se funda en los perjuicios que se han podido producir como consecuencia de los hechos que fundaron el despido indirecto materia de autos, es del todo improcedente.” (Cons. 9°)*²⁴⁴

²⁴³ 6° JLT de Santiago, 30.05.2005, Rol 2.694-2004, www.lexisnexis.cl, jurisprudencia on line.

²⁴⁴ CS, 13.08.2007, Rol 3.327-2006, www.lexisnexis.cl, jurisprudencia on line.

De los fallos citados se desprenden los siguientes criterios adoptados por la Corte Suprema, respecto a la indemnización del daño moral en el despido indirecto:

La Corte Suprema adopta la teoría de la no acumulación, es decir considera que las indemnizaciones tarifadas abarcan todos los eventuales perjuicios producidos por el despido indirecto. Por tanto, rechaza la indemnización del daño moral cuando los hechos en que se funde el despido indirecto sean los mismos que han producido el daño moral.

En caso de que el daño moral se produzca por hechos posteriores al despido indirecto, acepta que se indemnice a consecuencia de la responsabilidad extracontractual, por tanto el tribunal competente es el juzgado de letras en lo civil.

e. Las otras indemnizaciones a que tenga derecho.

Cabe destacar el importante paso que ha dado el legislador al establecer en ciertos casos de despido indirecto la procedencia de otras indemnizaciones, junto con las tarifadas.

El inciso 2º del artículo 171 establece que: tratándose de las causales a) Falta de probidad del empleador en el desempeño de sus funciones y b) Conductas de acoso sexual, del N° 1 del artículo 160, el trabajador podrá reclamar, simultáneamente con las indemnizaciones por años de servicio y falta de aviso previo, las otras indemnizaciones a que tenga derecho. Se agrega el caso en que el empleador no observe el procedimiento establecido en el título IV del libro II.

De esta disposición se desprende el reconocimiento por parte del legislador, de que las indemnizaciones tarifadas no cubren todos los daños provocados al trabajador por causa imputable al empleador. Sin embargo, el

legislador restringe este reconocimiento a causales de carácter grave, donde la conducta del empleador no sólo vulnera el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, sino que atenta contra derechos fundamentales del trabajador, como es el caso de la dignidad, honra, integridad física y psíquica. Que este reconocimiento se encuentre limitado a ciertas causales, nada impide que se demande indemnización por daño moral en caso de configurarse las otras causales, si se cumplen con las condiciones de excepcionalidad y gravedad ya vistas.

Debido a que el legislador no especifica a que otras indemnizaciones se refiere el inciso 2° del artículo 171, le corresponde a la doctrina y la jurisprudencia determinarlas. Consideramos que obviamente, debe incluirse dentro de estas indemnizaciones las que correspondan por el daño moral causado.

Al expresar el legislador la posibilidad del trabajador de exigir otras indemnizaciones a que tenga derecho, está adoptando, aunque limitada a ciertas causales, la posición que considera procedente la indemnización por daño moral en caso de despido indirecto.

Respecto al daño patrimonial, en caso de que no se adopte la teoría que considera que las indemnizaciones tarifadas cubren los daños patrimoniales producidos por el término del contrato de trabajo, se puede considerar que esta disposición permite que se reclamen la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, sea lucro cesante o daño emergente.

En el mismo orden de ideas los profesores Luís Lizama P. y José Luís Ugarte C. consideran que la ley laboral contempla explícitamente para el caso de acoso sexual, la acumulación de las indemnizaciones por término del contrato de trabajo y aquellas que están fundadas en una actuación objetable

del empleador, específicamente, su incumplimiento contractual, y que son indemnizaciones del daño material y moral.²⁴⁵

De la palabra “simultáneamente”, que utiliza el legislador en el inciso 2° del artículo 171, se desprende que el trabajador podrá demandar conjuntamente en sede laboral, las indemnizaciones tarifadas y las otras que cubran los daños patrimoniales y extramatrimoniales causados.

3. DESEMPLEO DEL TRABAJADOR.

El término de la relación laboral, efecto del despido indirecto que ya se ha revisado, implica la pérdida por parte del trabajador de su puesto de trabajo. Lo más probable es que el trabajador que ha perdido su puesto de trabajo, no acceda de manera inmediata a otro empleo, es por esto que consideramos que es efecto del despido indirecto, el desempleo o cesantía del trabajador. Cabe aclarar que no es una consecuencia necesaria, es decir, puede que el trabajador ingrese a prestar servicios inmediatamente para otro empleador y no se produzca el desempleo, sin embargo, esta situación es excepcional y en la mayoría de los casos el trabajador efectivamente se va a encontrar cesante o desempleado.

Al respecto, el legislador ha creado a través de la ley 19.728 de 2001 un seguro de cesantía destinado a proteger a las personas que quedan cesantes, ya sea por causas voluntarias o involuntarias, mediante un beneficio pecuniario²⁴⁶.

Este seguro de cesantía es obligatorio y automático para los trabajadores dependientes, mayores de 18 años, regidos por el Código del Trabajo, que

²⁴⁵LIZAMA P, Luís y UGARTE C, José Luís, Nueva..., ob. cit, pág. 55.

²⁴⁶NUDMAN, Verónica y ARAYA, Ingrid. Seguro de cesantía. MCLP 254, pág. 37.

inician una relación laboral con fecha igual o posterior al 2 de octubre de 2002. A grandes rasgos, el seguro de cesantía funciona con los aportes del trabajador, que van directamente a su cuenta individual (0,6% de su remuneraciones imponibles), aportes del empleador equivalente al 2,4 % de las remuneraciones imponibles del trabajador, de los cuales el 1,6% va a la cuenta individual y el 0,8% va al fondo solidario del seguro y el aporte del Estado. Las cotizaciones a cargo del empleador y trabajador deberán enterarse durante un periodo máximo de once años en cada relación laboral²⁴⁷.

Es importante destacar la existencia del seguro de cesantía, ya que en caso de despido indirecto, el trabajador que ha puesto término al contrato de trabajo tiene derecho al retiro, de los dineros que en su cuenta individual se han acumulado. Así lo establece el artículo 12 de la ley 19.728²⁴⁸

El trabajador podrá hacer los retiros en el caso que se encuentre cesante, y se suspenderá cada vez que el trabajador se reincorpore a la actividad laboral. La cantidad de retiros o giros está determinada por los años de cotizaciones y fracción superior de seis meses que registre desde la fecha de su afiliación al seguro o desde la fecha del último giro por cesantía según corresponda, en ambos casos con el límite máximo de cinco giros²⁴⁹.

²⁴⁷ NUDMAN, Verónica y ARAYA, Ingrid, ob. cit, pág. 39-40.

²⁴⁸ “Los afiliados tendrán derecho a una prestación por cesantía, en los términos previstos en este párrafo, siempre que reúnan los siguientes requisitos:”

a) Que el contrato de trabajo haya terminado por.... aplicación del inciso primero del artículo 171...del Código del Trabajo”.

b) Que registre en la cuanta Individual por Cesantía un mínimo de 12 cotizaciones mensuales continuas o discontinuas, desde su afiliación al Seguro o desde la fecha en que se devengó el último giro a que hubieren tenido derecho conforme a esta ley”.

²⁴⁹ NUDMAN, Verónica y ARAYA, Ingrid, ob. cit, pág. 46.

CAPITULO V. EL DESPIDO INDIRECTO Y SU RELACION CON INSTITUCIONES DE INTERES DENTRO DEL DERECHO LABORAL.

I. EL DESPIDO INDIRECTO Y SU RELACION CON EL FUERO LABORAL.

1. Breve introducción al fuero laboral.

a. Definición, fundamento y régimen jurídico general del fuero laboral.

La palabra “fuero” tiene variadas acepciones. Sin embargo, en este trabajo se entenderá el fuero desde la perspectiva del derecho laboral. En este sentido, el fuero se define como el derecho de determinadas categorías de trabajadores, esto es, aquellos que se encuentren en una situación de una mayor vulnerabilidad, ante la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador, de modo que éste, sólo podrá poner término al contrato de trabajo, por causas específicamente definidas por ley, previa autorización judicial.^{250_251}

El fuero laboral, como se desprende de la definición, tiene como efecto principal que el empleador sólo pueda despedir al trabajador por causas establecidas en la ley, previa autorización judicial, a través de un procedimiento denominado desafuero. Por este motivo, tiene el mismo alcance que la

²⁵⁰ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 301.

²⁵¹ En similar sentido, el legislador ha establecido en el inciso 1° del artículo 174 del Código del Trabajo, norma básica en esta materia, que: “En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160”.

inamovilidad y, en nuestro derecho del trabajo, las expresiones “fuero laboral” e “inamovilidad” se las utiliza como sinónimas²⁵².

El fuero laboral se fundamenta en diversos motivos. Por un lado, en el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de la existencia de categorías de trabajadores que, por circunstancias temporales, se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad o propensas a ser despedidas arbitrariamente. Por otro lado, en el reconocimiento de que el actual sistema jurídico de terminación del contrato de trabajo, no garantiza la estabilidad laboral. Es decir, el empleador puede poner término al contrato aún en el supuesto de que no exista o no logre probar una causal de terminación, pues siempre procede el despido sin causa o injustificado.

Teniendo en vista estos fundamentos, resulta lógica la existencia de esta institución, que viene a proteger con mayor rigurosidad a aquellos trabajadores que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

El artículo 174 del Código del Trabajo es la norma de mayor importancia en esta materia. En el inciso 1° del citado artículo se establece el régimen jurídico general del fuero: por un lado, la limitación de las causas a las establecidas en los números 4 y 5 del artículo 159 y las del artículo 160 del Código del Trabajo y, por otro, la necesidad de autorización judicial previa a través del procedimiento denominado desafuero.

²⁵² THAYER A, William y NOVOA F, Patricio, ob. cit, Tomo III, pág. 114.

b. Beneficiarios del fuero laboral.

El fuero laboral, es una institución que no se encuentra regulada de manera orgánica en nuestro ordenamiento laboral, por tanto, para saber qué trabajadores se encuentran beneficiados y la duración del mismo, debe analizarse caso a caso y buscar la disposición legal que lo establezca. En este trabajo, a modo ilustrativo, se mencionarán las categorías de trabajadores que gozan de fuero y su duración. Las categorías de trabajadores , que gozan de fuero, pueden clasificarse en dos grupos:

i. Fuero maternal

Este fuero protege la maternidad, especialmente el derecho a la vida y el bienestar del que está por nacer. Los trabajadores beneficiados con este fuero son las mujeres embarazadas. Se extiende durante todo el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad. (Artículo 201 del Código del Trabajo)

ii. Fuero por motivos de la relación colectiva de trabajo.

En esta clasificación, se agrupan una serie de trabajadores, tales como:

(a) Fuero del dirigente sindical.

Ya sea de sindicato base, director de federación o confederación sindical. Gozan de fuero desde la fecha de la elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo (artículo 243, 274 del Código del Trabajo)

(b) Fuero del delegado sindical.

Le asiste el mismo fuero que el que corresponde al dirigente sindical (artículo 229 del Código del Trabajo)

(c) Fuero del delegado de personal:

Le asiste el mismo fuero que el que corresponde al dirigente sindical (artículo 302 del CT)

(d) Fuero del representante titular de los trabajadores en los comités paritarios, de higiene y seguridad.

Este representante será designado por los propios representantes de los trabajadores en el respectivo comité. La designación debe ser comunicada a la administración de la empresa por escrito. El fuero que asiste en este caso es el mismo que corresponde al dirigente sindical.(artículo 243 del Código del Trabajo)

(e) Fuero de los trabajadores involucrados en negociación colectiva reglada.

Estos trabajadores gozan de fuero laboral desde los 10 días anteriores a la presentación de un proyecto de contrato colectivo y hasta 30 días después de la suscripción de este último o de la fecha de notificación del fallo arbitral que se hubiere dictado (artículo 309 del Código del Trabajo)

Los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato nominado.

El fuero se extiende desde los 10 días anteriores a la respectiva asamblea constitutiva hasta los 30 días de realizada (artículo 221 inciso 3° del Código del Trabajo).

(f) Fuero de los candidatos a una elección sindical, sólo de los sindicatos nominados.

El fuero se extiende desde que el directorio en ejercicio comunique por escrito al empleador o empleadores y la respectiva Inspección del Trabajo que corresponda, la fecha en que deba realizarse la elección respectiva y hasta esta última. La fecha de la elección no puede ser dada con más de 15 días de antelación (artículo 238 del Código de Trabajo)

2. Relación del despido indirecto con el fuero laboral.

Luego de la breve introducción al fuero laboral, corresponde analizar cuál es la relación que existe entre esta institución y el despido indirecto. La interrogante clave en relación a ambas instituciones es la siguiente:

En el caso que el trabajador con fuero decida poner término a la relación laboral, por causa imputable al empleador, a través del despido indirecto, ¿renuncia al fuero o, de lo contrario, corresponde el pago de la remuneración correspondiente al período que duraba el fuero laboral?

Ésta es una interrogante no resuelta por nuestro legislador, que no se ha pronunciado al respecto, ni en el artículo 171 del Código del Trabajo, ni en las disposiciones referentes al fuero laboral. La doctrina nacional tampoco se refiere a este tema, salvo algunos escuetos comentarios. Por lo tanto, ha correspondido prácticamente por completo a la jurisprudencia el pronunciamiento sobre este tema. Sin embargo, no ha sido uniforme, en cuanto a su posición, existiendo fallos contradictorios. Con todo, la tendencia mayoritaria ha sido la aceptación del pago de las indemnizaciones tarifadas, más la remuneración correspondiente al fuero del cual no gozó el trabajador.

En los siguientes párrafos se expondrán las distintas soluciones a la interrogante planteada y los argumentos de cada una.

a. Doctrina que acoge el pago de las remuneraciones por el periodo que se extienda el fuero.

La jurisprudencia mayoritaria ha acogido la procedencia del pago de las remuneraciones correspondientes al período de fuero, en caso de despido indirecto de un trabajador aforado, además del pago de las indemnizaciones que correspondan por despido indirecto. Los argumentos que se desprenden de los fallos recopilados son los siguientes:

a) El ejercicio del despido indirecto, pese a requerir de la voluntad del trabajador, no es equiparable a la renuncia al empleo, ya que tiene como causa la actitud reprochable del empleador. Por tanto, el pago de las remuneraciones correspondientes al período de fuero laboral debe ser un efecto del mismo.

“El despido indirecto representa efectivamente una terminación del contrato de trabajo, pero ella no es atribuible a su sola voluntad (del trabajador), en términos de equipararla a una renuncia al empleo, sino que su causa obedece a la actitud del empleador de haber configurado una causal de caducidad de contrato imputable a su conducta, de esta forma, el pago de las remuneraciones correspondientes al período del fuero laboral, en caso de despido indirecto, emerge como corolario indispensable del fuero mismo ,que es una de las importantes garantías de la autonomía sindical.”²⁵³

²⁵³ CS, 12.04.2000, RLCH N° 5, Vol. 86, pág. 63-66. En el mismo sentido: CS, 16.10.2000, RDJ T. XCVII, 2 parte, Sec. 3°, pág. 184-189; Corte de Santiago, 11.08.2004, MCLP 290, pág.286-287; Corte de santiago, 30.06.2004, FM 526, pág. 2264-2265; Corte de Concepción, 22.08.07, Rol 49-2007, www.lexisnexus.cl , jurisprudencia on line.

b) Un segundo argumento, es que el pago de las remuneraciones hasta el término del fuero no tiene el mismo fundamento que las indemnizaciones tarifadas. Las primeras, tiene como finalidad sancionar al empleador por haber incurrido en una causal de despido indirecto contra un trabajador aforado. Por tanto, no son incompatibles ambos pagos.

La fundamentación jurídica de este pago no es el fundamento de las indemnizaciones por años de servicio, que responden a la idea de reparar el daño, cual es la pérdida del empleo. Sino que, *“responde a la sanción a que es acreedor el empleador, por haber incumplido gravemente las obligaciones que le impone el contrato que lo vincula con el dirigente sindical.”*²⁵⁴

c) No es motivo para rechazar el pago de las remuneraciones hasta el término del fuero el que este pago no se encuentre establecido en el artículo 171 del Código del Trabajo, ya que los trabajadores con fuero se encuentran en una situación especial, no regulada en el citado artículo que es de carácter de general. La solución se encuentra en los principios que tuvo en cuenta en legislador para establecer el fuero en cada categoría de trabajadores.

“El citado artículo 171 del Código Laboral es de aplicación general, se refiere a la acción que puede intentar todo trabajador. La situación especial del dirigente sindical aforado que inicia un proceso, conforme a dicho precepto, no tiene una regulación y tratamiento específico en nuestro ordenamiento y su solución definitiva debe ser encontrada en los principios informantes del Derecho Sindical a que se ha aludido y la incuestionable sanción adicional que amerita el empleador que (argumento expuesto en la letra b), con apariencias de respetar un fuero sindical, pues no ha procedido al despido del dirigente,

²⁵⁴ CS, 12.04.2000, RLCH N° 5, Vol. 86, pág. 63-66. En el mismo sentido: CS, 16.10.2000, RDJ T. XCVII, 2 parte, Sec. 3°, pág. 184-189.

modifica unilateralmente los términos del contrato e incurre en incumplimiento de las obligaciones que éste le impone.”²⁵⁵

d) Los autores Juan Sebastián Gumucio y Diego Corvera consideran acertada, la jurisprudencia que acoge la procedencia del pago de las remuneraciones, por el período de fuero. Concuerdan además con la jurisprudencia citada, en que el fundamento de este pago no participa de la naturaleza jurídica de las indemnizaciones por despido indirecto. Agregan que el pago del fuero es el resultado del cumplimiento de la obligación del empleador de pagar remuneraciones por el período de estabilidad en el empleo de que dispone el trabajador aforado. Por lo tanto, se debiera mantener el pago de las cotizaciones.²⁵⁶

b. Doctrina que rechaza el pago de las remuneraciones por el periodo que se extienda el fuero.

De la recopilación de sentencias efectuada desde el año 2000 a la fecha, no se encontró jurisprudencia de la Corte Suprema o Cortes de Apelaciones que rechazare el pago de las remuneraciones del trabajador aforado hasta el término de éste. Sin embargo, se encontró un interesante dictamen de la Inspección del Trabajo que se pronuncia sobre el efecto jurídico que en la calidad de dirigente y en el fuero legal respectivo, produce el ejercicio del despido indirecto.

Al respecto, la Inspección del Trabajo rechaza el pago de las remuneraciones correspondientes hasta el término del fuero, argumentando lo

²⁵⁵ CS, 12.04.2000, RLCH N° 5, Vol. 86, pág. 63-66. En el mismo sentido: CS, 16.10.2000, RDJ T. XCVII, 2 parte, Sec. 3°, pág. 184-189.

²⁵⁶ GUMUCIO R, Juan Sebastián y CORVERA V, Diego, Comentario a la sentencia de la CS, 12.04.2000. En:RLCH N° 5, Vol. 86, pág. 66-67

siguiente: *“del tenor literal de los artículos 171 y 174 del Código del Trabajo, se desprende que la protección legal del fuero corresponde a la conducta única y exclusiva del empleador y no en el caso del despido indirecto, en que es el trabajador quien decide el auto despido. Por tanto, se extingue el fuero como medida de protección...No cabe dentro del supuesto formativo expresamente señalado de aplicación del fuero, el caso en que el trabajador, y no el empleador, sea quien decida dar por extinguido el contrato de trabajo, como ocurre en el ejercicio del derecho contemplado en el artículo 171 del Código del ramo, caso en que el trabajador titular del fuero decide auto despedirse por las causales previstas por la ley... el claro tenor de la ley coincide con la finalidad fundamental del fuero laboral establecido en nuestro Código del Trabajo: proteger al trabajador aforado de las conductas del empleador que pone en riesgo un bien que la ley ha considerado fundamental. Para ello, la ley le otorga la estabilidad en el empleo a su titular, no existiendo, obviamente, dicha finalidad, si el que decide dar por terminada la relación laboral, corresponde al trabajador...si el despido indirecto pone término válido al contrato de trabajo respectivo, entonces, surge como consecuencia necesaria la pérdida de la calidad de dirigente sindical correspondiente, extinguiéndose de paso el fuero como medida de protección legal frente al despido intentado por el empleador.”*²⁵⁷

Consideramos que el argumento esgrimido por la Dirección del Trabajo, para extinguir el fuero laboral en el caso del despido indirecto, es erróneo. No tiene en cuenta uno de los elementos más importante del despido indirecto, que es el hecho de haber incurrido el empleador en una causal de caducidad,

²⁵⁷ Dictamen Dirección del Trabajo, Ord. N° 377/06, 25.01.2005, RLCH N° 5, Vol. 136, pág. 46-47.

permitiendo al trabajador poner término al contrato de trabajo, lo que explica que el despido indirecto no sea una simple renuncia al empleo.

Otro argumento no considerado por la Dirección del Trabajo es que la fuente del pago de las remuneraciones, en caso del fuero, no se encuentra en el artículo 171 del Código del Trabajo, que es de aplicación general, sino que en los principios que informan el fuero en cada caso, los que se transgredirían de extinguirse éste por despido indirecto.

En definitiva, el despido indirecto, no puede implicar la renuncia del trabajador al beneficio del fuero laboral, si es el empleador quien ha incurrido en una falta. Sería un beneficio para éste último y no una sanción, como se postula por la posición anterior.

c. Doctrina que opta entre el pago de las remuneraciones por el período que se extienda el fuero o las indemnizaciones tarifadas.

Esta posición se caracteriza por considerar que el pago de las indemnizaciones establecidas en el artículo 163 del Código del Trabajo (a las que se remite el artículo 171), junto con el de las remuneraciones por el período que dure el fuero, son incompatibles por aplicación del artículo 176²⁵⁸ del Código del Trabajo, es decir, asimila el pago del fuero a una indemnización.

“Es procedente, la compensación por fuero maternal solicitada por la demandante; sin embargo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 176 del Código del Trabajo, la demandante deberá optar entre la indemnización por

²⁵⁸ Artículo 176 del Código del Trabajo: La indemnización que deba pagarse conformidad al artículo 163, será incompatible con toda otra indemnización que por concepto de término del contrato o de los años de servicio pudiere corresponder al trabajador, cualquiera sea su origen, y a cuyo pago concurra el empleador total o parcialmente en la parte que es de cargo de este último, con excepción de las establecidas en los artículos 164 y siguientes.
En caso de incompatibilidad, deberá pagarse al trabajador la indemnización por la que opte.

años de servicios con su incremento y la compensación de fuero maternal que se le han otorgado en el presente fallo lo que deberá dilucidarse en la etapa de cumplimiento incidental de esta sentencia.”²⁵⁹

En contra de este razonamiento, en fallo de 22 de agosto de 2007, la Corte de Concepción revocó una sentencia de primera instancia, en cuanto al rechazo del pago de las remuneraciones correspondientes al fuero y explicó porqué son compatibles las indemnizaciones tarifadas y el pago de las remuneraciones: *“Es necesario, tener presente que en relación a la incompatibilidad de las indemnizaciones establecidas en el artículo 163, con la contemplada en el artículo 174, ambos del Código del Trabajo, cabe señalar, que el artículo 176 del Código citado, establece que las indemnizaciones que contempla el artículo 163 son incompatibles con toda otra indemnización que pudiera corresponder al trabajador, por concepto de término del contrato de trabajo, sin embargo, hace expresa excepción de las consideradas en los artículos 164 y siguientes, comprendiendo en estos últimos al artículo 174 del Código Laboral, por lo que no existe incompatibilidad entre ambas.”²⁶⁰*

Otro argumento en contra de la incompatibilidad entre ambos pagos es considerar que, en el caso del fuero no se está en presencia de una indemnización, sino del pago de remuneraciones a modo de sanción al empleador que incurre en una causal de caducidad en desmedro del trabajador.

La posición expuesta en este apartado resulta contraria a la seguida Corte Suprema en otros fallos. El cambio de criterios refleja la falta de uniformidad en este tema, lo que perjudica gravemente a los trabajadores con fuero que se encuentran en la posición de invocar el despido indirecto, ya que

²⁵⁹ CS, 31.05.2007, Rol1809-2006, www.microjuris.cl, jurisprudencia on line.

²⁶⁰ Corte de Concepción, 22.08.07, Rol 49-2007, www.lexisnexis.cl, jurisprudencia on line.

produce falta de certidumbre en cuanto a los beneficios que mantienen, que puede forzarlos ,incluso a continuar en un empleo, en que se están vulnerando los derechos que la relación laboral les otorga o sus derechos fundamentales.

II. EL DESPIDO INDIRECTO Y SU RELACION CON LA NULIDAD DEL DESPIDO POR FALTA DE PAGO DE LAS COTIZACIONES.

1. Breve introducción a la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones

La ley 19.631 de 1999, denominada “Ley Bustos”²⁶¹, incorpora al Código del Trabajo el deber del empleador de acreditar el pago de las cotizaciones previsionales del trabajador para proceder a su despido; la sanción ante el incumplimiento de esta obligación es la “*nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones*”. Esta norma surge con el objetivo de incentivar el pago de las cotizaciones previsionales, que los empleadores habían descontado de las remuneraciones de los trabajadores.²⁶²

La ley 19.631 intercala en el artículo 162 del Código del Trabajo los incisos 5, 6, 7, 8 y 9, de los que se reproducen y analizan los siguientes:

Inciso 5°: *“Para proceder al despido de un trabajador, por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior- es decir artículo 159 N° 4, 5 y 6, artículo 160,161 y 161 bis-, el empleador deberá informar por escrito, el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los*

²⁶¹ Se le denomina ley Bustos, en reconocimiento al difunto diputado y ex dirigente sindical Manuel Bustos Huerta, quien originó la moción de la ley y fue su principal impulsor.

²⁶² CS, 22.01.2001, RDJ N° enero/abril 2001, pág.10. (Citado por: ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 290.)

comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el integro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo".

En este inciso el legislador establece el deber del empleador de enterar las cotizaciones previsionales del trabajador. Al respecto, es importante destacar que el legislador determina claramente las causales del deber de pago y no señala que éste le corresponda al empleador en caso de despido indirecto.

La sanción establecida en caso del incumplimiento en estudio, se ha denominado "*nulidad del despido por falta de cotizaciones previsionales*". Sin embargo, los efectos que produce esta sanción no han sido determinados satisfactoriamente por el legislador. Por tanto, la jurisprudencia ha sido la encargada de establecer criterios, en el sentido de aclarar la norma en comento, especialmente en cuanto al efecto de la nulidad.

La jurisprudencia ha establecido que, en este caso, los efectos de la nulidad del despido son especiales (distintos a los que se conocen en materia laboral), toda vez que procede la suspensión relativa del contrato de trabajo. Es decir, el contrato de trabajo permanece vigente para el empleador, que está obligado a pagar las remuneraciones y demás prestaciones comprendidas en el contrato, pero el trabajador no presta sus servicios.²⁶³ Además, no se produce uno de los efectos típicos de la nulidad del despido, el reintegro o reincorporación del trabajador a su empleo.

Inciso 6°: *" Con todo, el empleador, podrá convalidar el despido mediante el pago de las obligaciones morosas del trabajador, lo que*

²⁶³ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 293. En similar sentido LIZAMA P, Luís, Derecho, ob. cit, pág. 191, GAMONAL C, Sergio, Lineamientos de derecho del trabajo, Santiago, Editorial LexisNexis, 2006, pág. 189-190.

comunicará a éste mediante carta certificada, acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago".

Por convalidar se ha entendido "ratificar" o "confirmar" el término de la relación laboral, validando el acto de despido, a contar de la fecha en que se invocó la respectiva causal de terminación del vínculo contractual²⁶⁴. La Dirección del Trabajo ha interpretado, en armonía con el inciso siguiente, que la convalidación del despido en los términos del inciso 6° del artículo 162, implica para el empleador el cumplimiento de dos obligaciones a saber: el pago de las cotizaciones previsionales morosas y el envío de carta certificada en que le informa tal circunstancia, acompañada de la documentación previsional que así lo acredite²⁶⁵.

Inciso 7°: *"Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador. No será exigible esta obligación del empleador cuando el monto adeudado por concepto de imposiciones morosas no exceda de la cantidad menor entre el 10% del total de la deuda previsional o 2 unidades tributarias mensuales, y siempre que dicho monto sea pagado por el empleador dentro del plazo de 15 días hábiles contado desde la notificación de la respectiva demanda."*²⁶⁶

²⁶⁴ Dictamen DT, ORD. 5.372/314, 25.10.199. (Citado por: LIZAMA P, Luís, Derecho, ob. cit, pág. 191.)

²⁶⁵ Dictamen DT, ORD. 3.228/246, 02.08.2000. En www.direcciondeltrabajo.cl

²⁶⁶ Ultimo punto aparte del inciso 7° ha sido incorporado por la ley 20.194 de fecha 7 de julio de 2007.

Respecto a la vigencia de los efectos de la nulidad, mejor llamada “*suspensión relativa del despido*”, el legislador no ha establecido plazo, por tanto, de la sola letra de la ley se desprende que se suspenden los efectos del despido, mientras el empleador no cumpla con el pago íntegro de las cotizaciones previsionales e informe de su pago al trabajador. Sin embargo, la Corte Suprema interpretó que la vigencia de los efectos de la suspensión eran limitados y resolvió que el pago de las remuneraciones y demás prestaciones no podían extenderse más allá de 6 meses contados desde la fecha del despido²⁶⁷. El fundamento de esta posición era, por una parte, guardar una adecuada equidad y búsqueda de mayor certeza jurídica y, por otra, guardar armonía con el plazo de prescripción establecido en el artículo 480 inciso 3° del Código del ramo, acerca de la misma materia.²⁶⁸

No obstante, luego de la dictación de la ley 20.194, de fecha 7 de julio de 2007, que interpretó el contenido del inciso 7° del artículo 162 del Código del Trabajo, la Corte Suprema debió modificar su jurisprudencia y resolver conforme al derecho vigente, esto es, condenar a la parte empleadora al pago de las remuneraciones y demás beneficios, por la totalidad del período de tiempo que media entre la fecha del despido y la fecha de convalidación del despido, que se concreta con el envío o entrega de la comunicación mediante el cual el empleador comunica al trabajador que ha pagador las cotizaciones morosas, con las formalidades indicadas en el inciso 6° del artículo 162. Sin perjuicio de que la convalidación puede ocurrir tiempo después de que la sentencia de término en un caso puntual se encuentre ejecutoriada.

²⁶⁷ ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 294.

²⁶⁸ Corte de Santiago, 03.07.2002, GJ 265. (Citada por: ROJAS M, Irene, ob. cit, pág. 295).

2. Relación del despido indirecto con la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales.

Luego de la breve introducción a la “nulidad del despido por falta de pago de cotizaciones previsionales”, corresponde analizar cual es la relación que existe entre esta institución y el despido indirecto. La interrogante clave en relación a ambas instituciones es la siguiente:

En caso de proceder el trabajador al despido indirecto, el empleador debe haber efectuado el pago íntegro de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al despido indirecto. En caso de no cumplir con este deber ¿Se aplica cómo sanción, la suspensión relativa del contrato (nulidad del despido), debiendo el empleador pagar las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en él, desde la fecha del despido indirecto hasta el envío de la comunicación que informe al trabajador del pago de las cotizaciones, acompañada con los certificados que lo acrediten

Sobre esta interrogante el legislador no se pronuncia, ni en el artículo 171 dedicado al despido indirecto, ni en el artículo 162 referido a la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales. La doctrina tampoco se ha pronunciado sobre este aspecto, por lo que la jurisprudencia ha sido la encargada de resolver la mayoría de las veces sosteniendo que no se aplica esta sanción en el caso de despido indirecto, sin embargo, también existen fallos que acogen su aplicación, por tanto, es sostenible la existencia de dos posiciones, las que expondremos a continuación:

a. Doctrina que acoge la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales, en el caso del despido indirecto.

Acoger la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales, en caso del despido indirecto, es la posición minoritaria en

nuestra jurisprudencia. Curiosamente, los fallos recopilados en esta posición han sido de la Corte de Santiago. Sus argumentos han sido los siguientes:

a) El despido indirecto se asimila al despido injustificado, por lo tanto, resulta contradictorio al derecho laboral, que el trabajador soporte una vulneración a sus derechos, como es el incumplimiento de las cotizaciones previsionales y además no reciba el pago de las remuneraciones hasta la convalidación del despido.

Que se trate del despido indirecto, “no impide hacer aplicación del inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo, esto es de imponer el pago de remuneraciones entretanto no sean solucionadas las cotizaciones previsionales pendientes al tiempo de la resolución del contrato, porque si bien es cierto, que en tal precepto se ha establecido una sanción por el despido en dichas condiciones y que en la especie ha tenido lugar el llamado...despido indirecto, no es menos cierto... que la ley ha asimilado al despido injustificado, tal situación, cuando ocurre en la especie, el grave incumplimiento, ha determinado la decisión de resolver el contrato, de manera que aún cuando la decisión ha sido del trabajador, éste ha actuado compelido por la infracción del empresario al contrato, pudiéndose por ello responsabilizarse de la conclusión indebida; puesto que entender de otra manera el contexto legal, significaría que el Derecho Laboral pretendería del trabajador una conducta contraria a sus intereses, al tener que soportar la vulneración a sus derechos.”²⁶⁹ (Cons.2°)

b) De la historia de la “Ley Bustos”, en especial del mensaje presidencial con el que se envió al Congreso, se desprende que la finalidad de la misma es que el empleador cumpla su obligación de pagar las cotizaciones

²⁶⁹ Corte de Santiago, 22.03.2005, GJ 297, pág. 291-292. En el mismo sentido Corte de Santiago, 10.04.2002, FM 502, pág. 2676-2677.

previsonales, cuestión que debe realizarse sea si se produce el despido propiamente tal o el indirecto, de no aplicarse la sanción en caso del despido indirecto, se estaría liberando al empleador de una sanción que corresponde.

Para determinar si procede la sanción establecida en el inciso 5° del artículo 162 en el caso de despido indirecto, *“ debe tenerse presente lo señalado en el Mensaje con que el Presidente de la Republica envía el proyecto de ley... en cuanto señala que como puede inferirse,... la finalidad del proyecto consiste en que el empleador, quien ha descontado de las remuneraciones de sus trabajadores las cotizaciones correspondientes, cumpla con la subsecuente obligación de pago... queda claro que el objetivo principal de la sanción, ha sido cautelar los derechos previsionales de los trabajadores, cuando de la conducta del empleador se produce el ilícito, en orden a haber practicado el descuento de las remuneraciones y no haber enterado las sumas de dinero al fin previsto...que en consecuencia, el bien jurídico protegido en el artículo 162 es de una parte, la seguridad social,... y de otra, el debido cumplimiento de la ley... debe concluirse que en los casos de despido indirecto, resulta procedente dicha sanción...no entenderlo así, dejaría sin actuación la norma sancionadora, toda vez que bastaría que el empleador incurriera en causales de caducidad, incluidas las que corresponden al no pago de las remuneraciones y de las cotizaciones previsionales, como es el caso para perpetuar un estado de ilicitud, cuando el trabajador no recurre al despido indirecto, liberándose además de la carga que significa la sanción establecida en dicho artículo.”*²⁷⁰

²⁷⁰ Corte de Santiago, 04.12.2003, GJ 282, pág. 294-298.

b. Doctrina que rechaza la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales, en el caso del despido indirecto.

La posición mayoritaria, seguida en forma unánime en los fallos de la Corte Suprema recopilados en este trabajo, considera que la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales, no se aplica en el caso del despido indirecto. Los argumentos principales son los siguientes:

a) Del tenor literal de los incisos 5° y siguientes del artículo 162 se desprende que la sanción de nulidad del despido se aplica sólo a aquellos casos en que el empleador haya tenido una actitud activa en el despido, lo que no acontece en el caso del despido indirecto.

“Del tenor literal de la norma antes transcrita ,se puede advertir que la sanción pecuniaria impuesta al empleador, de mantener la remuneración a sus dependientes, exige que dicho ente haya tenido una actitud activa en el despido de sus trabajadores, es decir, que haya sido el empleador quien por decisión unilateral haya puesto término a la relación laboral.” ²⁷¹

La misma opinión es expresada en los siguientes términos: la sanción establecida en el inciso 5° del artículo 162 *“debe interpretarse restrictivamente, esto es, para el caso particular que ha sido prevista y, como se ha dicho, esa sanción se contempla para el evento en que el empleador es quien pone término al contrato de una manera directa, sin que resulte aplicable para el despido indirecto que regula el artículo 171 del Código Laboral, ya que en este último no ha habido manifestación de voluntad por parte de la empleadora”*²⁷²

²⁷¹ CS, 05.09.2002, FM 502, pág. 2679-2680. En similar sentido C de Santiago, 23.11.2001, GJ 257, pág 178-179., CS, 29.01.2004, Rol 309-2003, www.microjuris.cl , jurisprudencia on-line.

²⁷² Corte de Arica 21.01.2005, MCLP 251, Pág. 135-138.

b) El trabajador ha expresado su voluntad de poner término al contrato de trabajo, por tanto resulta contradictorio que pretenda a su vez que se produzcan los efectos de la nulidad del despido por falta de cotizaciones previsionales. Recordemos que el efecto no es el reintegro del trabajador a su empleo, sino el pago de las remuneraciones hasta la convalidación del despido.

“Resulta además de toda lógica, ya que el trabajador optó por la terminación de la relación laboral que lo unía a su empleador, de manera que debe aceptar las consecuencias jurídicas de tal decisión, no pudiendo, pretender a su vez, que su decisión no produzca efectos, hasta mientras su empleadora pague las cotizaciones previsionales”²⁷³

c. Posición que se adopta en este trabajo, frente a la aplicación de la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales, en el caso del despido indirecto.

Respecto a la aplicación de la llamada “Ley Bustos”, la jurisprudencia ha jugado un rol importantísimo, ya que como se ha señalado es una ley que deja una serie de cabos sueltos ,que le ha correspondido a ésta resolver, la aplicación de la nulidad del despido, en el caso del despido indirecto, ha sido uno de ellos.

Existe parte de verdad en los argumentos expuestos por la jurisprudencia, tanto para acoger como para rechazar la aplicación de la comentada nulidad en el despido indirecto. Por un lado, es cierto que el despido indirecto se ha asimilado por el ordenamiento laboral al despido injustificado en variados aspectos, además es de toda justicia considerar que, al existir el mismo incumplimiento por parte del empleador, como es el no pago de las

²⁷³ Corte de Arica 21.01.2005, MCLP 251, Pág. 135-138.

cotizaciones del trabajador, debiera existir la misma sanción, teniendo especialmente en cuenta que el despido injustificado se produce por un hecho culpable del empleador, que muchas veces es el incumplimiento del pago de las cotizaciones previsionales.

Sin embargo, en este trabajo se adopta la posición de rechazar la aplicación de la nulidad del despido por falta de cotizaciones en el caso del despido indirecto, fundada en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, concordamos con la idea de que el inciso 5° del artículo 162 tiene un alcance restrictivo, es decir, acotado a las causales a las que se remite. En el caso que se aceptara su aplicación, en el despido indirecto, la norma no establece como debe actuar el empleador, por lo tanto, correspondería asimilarlo al caso en que éste procede al despido, es decir informarle por escrito al trabajador el pago de las cotizaciones previsionales, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Esta obligación debiera estar establecida en el artículo 162 o 171 del Código del Trabajo para el caso específico. Al no encontrarse, y de todas formas sancionar al empleador por no cumplirla, produce incertidumbre jurídica, que demuestra claramente que el legislador no consideró el despido indirecto.

En segundo lugar, teniendo en cuenta que el fin u objetivo de la “Ley Bustos” fue incentivar el pago de las cotizaciones previsionales, consideramos que no se logra aplicando como sanción la nulidad del despido en el caso del despido indirecto. Es decir, si el empleador procede al despido y no paga las cotizaciones previsionales sabe que será sancionado, por tanto, en este caso el empleador sí es incentivado al pago, ya que de lo contrario se encuentra limitado en su derecho a despedir. En cambio, en el caso del despido indirecto, es el trabajador quien ejerce el derecho a auto despedirse, el empleador puede o no estar al día en sus cotizaciones previsionales y no es relevante para

proceder al despido indirecto (salvo en el caso que la falta de pago de las cotizaciones, sea la causal del despido indirecto), por tanto la sanción de la nulidad del despido, no es un incentivo ni para el despido indirecto ni para evitarlo.

La posición adoptada no implica dejar al trabajador sin amparo en el caso que la causal sea la falta de pago de las cotizaciones previsionales, ya que de ser así el empleador deberá pagar las indemnizaciones que correspondan con recargo, lo cual constituye una sanción a su actitud negligente, además deberá cancelar las cotizaciones previsionales hasta el término del contrato de trabajo, lo cual debe ser exigido por el trabajador en la demanda de despido indirecto o por la entidad previsional correspondiente.

CONCLUSION.

Después de haber hecho una revisión completa de los principales aspectos del despido indirecto, corresponde en esta etapa, en primer término, presentar las conclusiones que resultan de mayor relevancia acerca de los temas vistos en los capítulos precedentes y, en segundo término, una conclusión general de la situación actual del despido indirecto en nuestra legislación laboral.

En el capítulo I se realizó una breve reseña sobre el contrato de trabajo y su terminación, que logró contextualizar el despido indirecto en estos temas de mayor envergadura. Por ejemplo, se trató el contenido del contrato de trabajo, lo que permitió apreciar la íntima relación entre éste (especialmente el ético-jurídico) y las causales habilitantes del despido indirecto. También se enumeraron las características del contrato de trabajo (onerosos, bilateral, dirigido), lo que posteriormente cobró importancia a raíz de la naturaleza jurídica y fundamento del despido indirecto.

En el capítulo II se definió el despido indirecto como el acto unilateral, constitutivo y recepticio, en virtud del cual el trabajador extingue el contrato de trabajo que lo vincula con el empleador, motivado por causas imputables al empleador y que da derecho a solicitar se ordene por el tribunal respectivo el pago de las indemnizaciones que le correspondieren.

Respecto a la naturaleza jurídica del despido indirecto, se analizaron las diversas doctrinas, llegando a la conclusión de que se trata de un acto jurídico unilateral, extintivo, a través del cual el trabajador hace efectivo uno de los derechos alternativos del contratante que ha cumplido, que es el de poner término al contrato cuando la contraparte, en este caso el empleador, ha incumplido. Por tanto, se le asimila a la condición resolutoria tácita del derecho

común, pero con modificaciones que hacen del despido indirecto una institución propia del derecho laboral.

Explicamos los fundamentos del despido indirecto, lo que permite apreciar su importancia dentro del sistema de terminación del contrato de trabajo, y más aún, dentro del ordenamiento jurídico laboral. Destacamos entre otros fundamentos la equidad y justicia que rige a toda relación jurídica y que inspira la figura del despido indirecto; también el rol protector desde el punto de vista de los derechos del trabajador y sancionador desde la perspectiva del empleador. Respecto al rol protector del despido indirecto, destacamos la protección a los derechos fundamentales dentro de la relación laboral, que constituye un tema aún en desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

Finalmente en el capítulo II realizamos un seguimiento a la historia del despido indirecto en nuestro derecho, descubriendo que sus orígenes dentro del derecho laboral nacional, se remontan al Código del Trabajo de 1931, contrario a lo que se sostiene en otros estudios, que afirman que se establece por primera vez en la ley 16.455 de 1966.

En el capítulo III, se analizaron los requisitos de fondo y forma del despido indirecto. Dentro de los requisitos de fondo se estudió, en primer lugar, la voluntad del trabajador de poner término al contrato de trabajo. Se concluyó, por una parte, que no requiere manifestarse a través de una solemnidad, por tanto los avisos que de acuerdo al inciso 4° del artículo 171 debe dar el trabajador al empleador y a la Inspección del Trabajo, son el medio más efectivo de poner en conocimiento la voluntad de poner término al contrato, pero no son un requisito de validez del acto. Por otra parte, los avisos cumplen una función probatoria de la voluntad y de publicidad para el empleador.

En segundo lugar, analizamos las causales que habilitan el despido indirecto, en el orden señalado por el artículo 171 del Código del Trabajo. De la

jurisprudencia incorporada en cada causal se puede advertir, en primer lugar, la falta de utilización de las causales establecidas en el artículo 160 N° 1 y 5. En segundo lugar, que en la mayoría de los casos se invoca la causal del artículo 160 N° 7, por tanto el desarrollo jurisprudencial de esta causal ha sido mayor. Al respecto, la jurisprudencia ha tipificado situaciones que de manera indiscutible son un incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, tales como: el retraso o la falta de pago de la remuneración pactada, el retraso o la falta de pago de las cotizaciones previsionales, el retraso o la falta de pago de bonificaciones pactadas no constitutivas de remuneración, la falta de ocupación efectiva y adecuada del trabajador, la transgresión por parte del empleador de los límites establecidos respecto a la facultad jurídica de mando y el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la prevención, investigación y sanción del acoso sexual.

De las causales del N° 1 del artículo 160 se destacan la posibilidad de invocar el despido indirecto por mobbing o acoso laboral y por acoso sexual, a pesar que ambas causales prácticamente no se han invocado por los trabajadores. Sin embargo, no sólo existe la posibilidad, sino que el recargo es mayor para el empleador. Incluso el artículo 171 del Código del Trabajo establece la posibilidad de demandar el daño moral, lo cual representa un beneficio para el trabajador, que no se había visto antes en el ordenamiento jurídico laboral.

En el capítulo IV, tratamos un tema de relevancia tanto para el trabajador como para el empleador, como son los efectos del despido indirecto. Dentro de los efectos del despido indirecto se encuentra el pago de las indemnizaciones tarifadas, es decir por años de servicio, sustitutiva del aviso previo y los recargos que correspondan según la causal.

Por otra parte, se presenta una interesante discusión respecto a la procedencia de la indemnización del daño moral. Al efecto, se sigue la posición que acoge su procedencia en casos excepcionalmente graves, en que las indemnizaciones tarifadas no cubran el daño moral sufrido por el trabajador. Esta conclusión se basa, entre otros antecedentes, en la modificación que introduce la ley 20.005 al artículo 171, en que establece que tratándose de las causales de las letras a) y b) del N° 1 del artículo 160 y la falta de observancia del procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual, el trabajador tiene derecho a reclamar “*aquellas otras indemnizaciones a que tenga derecho*”, por tanto con dicha modificación el legislador estaría aceptando indirecta pero muy claramente la indemnización del daño moral.

Finalmente, en el capítulo V se trató la relación entre el despido indirecto y dos instituciones propias del derecho laboral: fuero laboral y nulidad del despido por falta de cotizaciones provisionales. En ambos temas, al no existir legislación al respecto, se han formado dos o incluso tres tendencias jurisprudenciales.

Sobre la relación del despido indirecto y el fuero laboral, se llegó a la conclusión de que el despido indirecto no extingue el fuero, es decir, corresponde el pago de las remuneraciones hasta el término del fuero laboral del trabajador, debido principalmente a que éste no está renunciando al fuero, sino que está ejerciendo su derecho al auto despido cuando es el empleador quien ha incurrido en una causal de caducidad.

En el caso de la nulidad del despido por falta de cotizaciones previsionales, se llegó a la conclusión contraria, es decir, que no se aplica en caso de despido indirecto, pues es imposible extraer dicha conclusión de la legislación vigente.

Se han revisado a grandes rasgos, los principales temas tratados en este trabajo y sus conclusiones particulares, sólo queda a modo de conclusión general, realizar las siguientes consideraciones al despido indirecto en nuestra legislación actual;

Para comenzar, pese a la importancia que tiene el despido indirecto en nuestro ordenamiento jurídico, como se ha demostrado en este trabajo, no se le ha dado la relevancia que merece a nivel doctrinal. Por ejemplo, no se ha tratado el tema de la evidente similitud del tratamiento de esta institución con el despido injustificado, lo cual permitiría tener una base más sólida para argumentar la aplicación de la nulidad del despido por falta de cotizaciones previsionales en el caso del despido indirecto. Del mismo modo, tampoco se ha estudiado su naturaleza jurídica.

En el ámbito legislativo existen una serie de interrogantes que provienen del silencio de la ley y que pueden perjudicar al trabajador y producir incertidumbre jurídica. Por ejemplo, temas estudiados en este trabajo, tales como el ambiguo pronunciamiento respecto a las “otras indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador”, sin señalar que se refiere al daño moral, tampoco establece si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual y cuál es el tribunal competente.

Tratándose del inciso 3° del artículo 171, si bien el legislador da un importante paso al establecer que la inobservancia del procedimiento de investigación y sanción del acoso sexual obliga al empleador a responder de manera más rigurosa, en cuanto a las indemnizaciones que deberá pagar. En primer lugar, no establece cuál debe ser la magnitud de la inobservancia, que permita el despido indirecto, por lo que queda a la jurisprudencia y la doctrina definirla. En segundo lugar, no expresa claramente el porcentaje del recargo a la indemnización por años de servicio que corresponde en caso de que se

produzca la inobservancia, sino que se deduce que cabe el recargo establecido para las causales del N° 1 del artículo 160, ya que la conducta de acoso sexual y la de inobservancia de la investigación y sanción del acoso sexual, tienen la misma razón, el mismo sentido.

Se destaca además, la falta de norma que regule, por una parte, la relación entre el despido indirecto y el fuero laboral, y, por otra, el despido indirecto y la nulidad del despido por falta de pago de las cotizaciones previsionales.

Con todo, a pesar de las imperfecciones que pueda presentar la regulación del despido indirecto, debe destacarse que el legislador ha estado incorporando nuevas causales de despido indirecto, como por ejemplo el acoso sexual y la inobservancia del procedimiento de investigación y sanción del mismo, lo que refleja que el despido indirecto, lejos de ser una institución caduca, se renueva y se considera una herramienta de protección al trabajador.

Se ha hecho una conclusión general respecto a los elementos doctrinal y legislativo del despido indirecto, sin embargo falta un aspecto relacionado con el elemento jurisprudencial, cual es la aplicación de la institución en estudio. Sobre este punto versa la conclusión final. Es un hecho que el despido indirecto no es una institución conocida por la mayoría de los trabajadores, que son sus beneficiarios directos, y, si bien su aplicación es restringida por la dureza de sus efectos, la falta de conocimiento genera que no cumpla con sus objetivos. Por tanto, el trabajador enfrentado al incumplimiento del empleador, lo más probable es que no ejerza este derecho y, en caso extremo, renuncie. Esa ha sido la misión más importante del trabajo: desenvolver el despido indirecto y darlo a conocer.

BIBLIOGRAFÍA.

ALBIOL M, IGNACIO. 1999, La extinción del contrato de trabajo, Tomo I, en ALBIOL et al. Compendio de derecho del trabajo, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.

ALFARO, JORGE. 1995, El autodespido en la legislación laboral chilena, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho.

ALONSO O, MANUEL y CASAS B, MARIA EMILIA. 2005, Derecho del trabajo, vigésimo tercera edición, Madrid, Editorial Thanson-civitas.

ARANGUIZ, TITA. 2005, Mobbing : ¿autodespido?, Anales de la Facultad de Derecho / Universidad de Chile, Santiago, No. 2 (2005),23-33 p.

BARROS B, ENRIQUE. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

BAYON CH, GASPAR y PEREZ B, EUGENIO.1962, Manual de derecho del trabajo, Madrid, Editorial Marcial Pons.

CABANELLAS, GUILLERMO. 1949-1950, Tratado de derecho laboral, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones El Grafico Impresores.

DE FERRARI, FRANCISCO. 1974-1977, Derecho del trabajo, Buenos Aires, Editorial Depalma.

DE MIGUEL L, ANA MARIA. 1993, La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Madrid, Editorial Civitas.

GAMONAL C, SERGIO. 1998, Introducción al derecho del trabajo. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur.

GAMONAL C, SERGIO. 2000, El daño moral por término del contrato de trabajo, Santiago, Editorial Editrem.

GAMONAL C, SERGIO. 2006, Lineamientos de derecho del trabajo, Santiago, Editorial LexisNexis.

GAMONAL C, SERGIO y PRADO L, PAMELA. 2006, El mobbing o acoso moral laboral, Santiago, Editorial LexisNexis.

GARATE, ANA MARIA. 2003, Contrato individual de trabajo, la situación del despido indirecto. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad Central, Facultad de Derecho.

GARCIA M, ROBERTO. 1998, Derecho del trabajo y de la seguridad social: teoría general de los principios e instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc.

GARCIA LADRON DE GUEVARA, FERNANDO.1983, "El autodespido o despido indirecto" . Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho.

GUMUCIO R, JUAN SEBASTIAN y CORVERA V, DIEGO, Comentario a la sentencia de la CS, 12.04.2000. En: Revista Laboral Chilena N° 5, Vol. 86, pág. 66-67.

HUMERES N, HECTOR. 2004, Derecho del Trabajo y de la seguridad Social, Tomo I, décimo séptima edición, Santiago, Editorial Jurídica.

LAMBETH V, Jennifer. 2006, Ley 20.005 sobre prevención y sanción del acoso sexual, análisis de su contenido positivo y doctrinario, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

LIZAMA P, LUIS y UGARTE C, JOSE LUIS. 1998, La interpretación y derechos fundamentales en la empresa, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur.

LIZAMA P, LUIS. 2003, Derecho del trabajo, Santiago, Editorial LexisNexis,.

LIZAMA P, LUIS y UGARTE C, JOSE LUIS. 2005, Nueva ley de acoso sexual, Santiago, Editorial LexisNexis.

MARTIN V, ANTONIO; RODRIGUEZ-SAÑUDO G, FERMIN Y GARCIA M, JOAQUIN. 2005, Derecho del trabajo, décimo cuarta edición, Madrid, Editorial Tecnos.

MELLA C, PATRICIO. Julio / diciembre 2001, El despido indirecto o resolución del contrato de trabajo por incumplimiento patronal, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año LXIX, no. 210, p. 95-102.

MELIS, CRISTIAN y SAEZ, FELIPE. 2000, Derecho del Trabajo, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur.

NUDMAN, VERONICA y ARAYA, INGRID. 2006, Seguro de cesantía, Manual de consultas laborales y previsionales N° 254. Pág. 37- 59.

PAREDES Z, MARCOS. 2002, El despido indirecto, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción ,Universidad de Concepción, Facultad de Derecho.

PENDAS D, BENIGNO. 1993, La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, segunda edición, Madrid, Editorial ACARL.

PLA R, AMERICO. 1978, Los principios del derecho del trabajo. Buenos Aires, Editorial Depalma.

RODRIGUEZ M, JORGE, 1996, Curso de derecho del trabajo, Segunda Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea.

RODRIGUEZ-PIÑERO, MIGUEL y FERNANDEZ L, FERNADA. 1998, La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo, Madrid, Editorial La Ley- Actualidad.

ROJAS M, IRENE. 2004, Manual de derecho del trabajo: derecho individual, Santiago, Editorial LexisNexis.

THAYER A, WILLIAM Y NOVOA F, PATRCIO. 1997. Manual de Derecho del Trabajo. Tercera Edición, Santiago, Editorial Jurídica.

THAYER A, WILLIAM. 2002, Texto y Comentario del Código del Trabajo, Santiago, Editorial Jurídica.

TUBINO T, ALEJANDRA. 2000, De la indemnización por años de servicio y su marco histórico, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Viña del Mar, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 2000.

UGARTE C, JOSE LUIS. 1996, El Contenido del Contrato individual de Trabajo, Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, N° 94, noviembre 1996.

UGARTE C, JOSE LUIS. 2004, El nuevo derecho del trabajo, Santiago, Editorial Universitaria.

VIAL del R, VICTOR. 2000, Teoría del acto jurídico. Volumen I, Cuarta Edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

WALKER E, FRANCISCO. 1990, Comentarios sobre proyecto de ley: terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo, Santiago, Editorial CEPET.

WALKER E, FRANCISCO.1989, Derecho del trabajo y relaciones del trabajo. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur.

WALKER E, FRANCISCO E., NOVOA F, PATRICIO y TAPIA G, FRANCISCO. 2001, Modificaciones al código del trabajo, ley 19.759. En: Charlas efectuadas 20 y 22 de noviembre de 2001. Santiago, Colegio de abogados de Chile.