



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPENSACIÓN DEL DAÑO MORAL AL TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO

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

Autor: Jorge Alburquenque Alarcón
Profesor Guía: Ricardo Juri Sabag.

Santiago, 2018

*Y vi cuántos éramos, cuántos
estaban junto a mí, no eran
nadie, eran todos los hombres,
no tenían rostro, eran pueblo,
eran metal, eran caminos.
Y anduve con los mismos pasos
de la primavera en el mundo.*

Pablo Neruda. *“Las tierras y los hombres”*. Canto General.

ABSTRACT: *La compensación del daño moral remite a elementos fundamentales que configuran cualquier sistema de responsabilidad, después de superar la discusión sobre su eventual procedencia, nuestra jurisprudencia laboral ha iniciado una decidida inclusión de la compensación de este daño con ocasión del término de la relación laboral por despido abusivo. Este proceso, que se encuentra hoy en día en pleno desarrollo, no ha estado exento de dificultades, ya que aún no es claro el perfil normativo mediante el cual está operando la resarcibilidad/compensación de los perjuicios morales. Bajo argumentos muy difusos nuestros tribunales lo incluyen por ahora como un daño de carácter extracontractual, el que por definición es exorbitante al contrato de trabajo. Este criterio de procedencia ha distorsionado todos los elementos que componen la fisonomía de la responsabilidad y ha terminado por configurar a la compensación del daño moral en una especie de sanción penal. Esta investigación, de modo crítico, propone la sede contractual del daño moral al término de la relación laboral, como aquella forma específica que permite enriquecer el contenido del contrato de trabajo y de paso corregir las distorsiones en las que ha incurrido la jurisprudencia nacional.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I	
FUNDAMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO	
I.I <i>Contenido Ético-Jurídico del Contrato de Trabajo</i>	11
I.II <i>Recomposición Constitucional del Contrato de Trabajo</i>	14
CAPÍTULO II	
DAÑO MORAL AL TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL	
II.I <i>Estatuto Extracontractual: Exigencia de la Actual Jurisprudencia Laboral</i>	28
II.II <i>El Daño Moral como Daño Extraordinario: la Función Penal que la Jurisprudencia Laboral le ha Otorgado</i>	38
CAPÍTULO III	
UN DAÑO MORAL AUTÓNOMO DEL DOLO Y DEL ILÍCITO CIVIL	
III.I <i>La Previsibilidad: Marco Delimitador del Juicio de Negligencia.</i>	44
III.II <i>Por un Daño Moral Autónomo del Dolo y del Ilícito Civil.</i>	50
III.III. <i>Características del Daño Moral Producido al Término de la Relación Laboral.</i>	60
III.IV <i>Desequilibrios Específicos en el Otorgamiento de la Compensación por Daño Moral</i>	72
CONCLUSIONES	78

INTRODUCCIÓN

Bajo una óptica instrumental, podríamos conceptualizar al “derecho de la responsabilidad civil como una serie de incentivos (y desincentivos) que permiten orientar el comportamiento hacia fines socialmente deseables”¹. Los sistemas de responsabilidad bajo este enfoque cumplen un rol angular, ya que operan como trasfondo jurídico de los estándares aceptados en la vida social, a través de una serie de argumentos de justicia que pueden ser categorizados en 3 grandes criterios conforme al objetivo que buscan. En primer lugar, aquellos que obedecen a una «justicia retributiva», es decir que ponen el acento en la reprochabilidad subjetiva de alguna infracción a deberes generales de respeto, enfocándose en los aspectos particulares de la figura del hechor y su inobservancia respecto de una determinada norma. Lógica que se enmarca en el registro de la responsabilidad penal.

En segundo lugar, los argumentos de «justicia correctiva», “concepto aristotélico que ha sido rescatado en los últimos 50 años como un paradigma para la comprensión interna del derecho privado”², los cuales buscan restablecer una igualdad que ha sido alterada producto de un daño injusto referenciándose los mismos en la relación entre víctima y autor del daño. Para llegar finalmente a aquellos que buscan una «justicia distributiva», criterio de justicia en el cual el daño es soportado por todos los que tengan la probabilidad de sufrirlo, socializando de esta manera el riesgo a través de enfoque de corte extensivo por el cuerpo social, estos últimos argumentos obedecerían a un registro propio de los seguros.

La responsabilidad civil, asentada principalmente en la racionalidad de la justicia correctiva —en cuanto el daño es objeto y causa de su existencia— además de reparar el daño obtenido y restablecer una equidad quebrantada, requiere de criterios de asignación de responsabilidad para efectos de dilucidar quién debe soportar un daño injustamente producido, el criterio general al que se ha arribado como factor de atribución en el Derecho nacional y comparado, es el de la «culpa»; a la cual la moderna doctrina ha conceptualizado como un estándar normativo de carácter objetivo, es decir; que prescinde de consideraciones particulares del infractor para efectos de establecer los niveles de diligencia debidos en el tráfico social.

¹ BARROS BOURIE, ENRIQUE. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual.” Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. 2010. pág. 35.

² Ibíd. pág. 41.

Cabe consignar, que la discusión en el campo de la dogmática civil sobre el fundamento de la culpa como factor de atribución de responsabilidad, es fértil y abundante. Existiendo posturas que plantean la inseparabilidad entre los criterios de justicia correctiva y distributiva, disponiendo al efecto, que en toda situación en la cual el riesgo contraído por dos personas sea «recíproco», no habrá responsabilidad, ya que cada una soportará el umbral de riesgo que es propio de su actividad, de este modo solo en el caso en que algún agente le imponga a otros un riesgo mayor, es decir «no recíproco», habrá obligación de reparar el daño causado, ya que en este caso la inobservancia negligente del debido cuidado generaría el quiebre de la distribución equitativa del riesgo. Solo de manera excepcional, en las actividades “cuya propia naturaleza establezcan riesgos no recíprocos, ya que el riesgo de desarrollarlas es superior al normal”³ se estará en un régimen de responsabilidad estricta, por lo cual la culpa no operará como factor de atribución de responsabilidad, así la asignación del costo del daño se direccionará hacia quien obtiene provecho por introducir un riesgo en la sociedad. De este modo el criterio de atribución deviene en «fáctico» prescindiendo del énfasis normativo que sostiene a la culpa.

Otras posturas sustentan el fundamento de la culpa en la relacionalidad igualitaria propia de la justicia correctiva, en la cual, derecho y deber son correlativos, en cuanto, ambos tienen origen en el quebrantamiento de un estándar de conducta razonable que produce un daño inesperado a un tercero. Estas expectativas razonables de conducta serían subjetivamente inexcusables en virtud del principio de igualdad que subyace en el ideal de justicia correctiva, por ende, el criterio de distribución de riesgos no operaría, ya que el fundamento de la culpa sería directamente ético, al no estar mediado por consideración económica alguna.

Ahora, desde un punto de vista práctico, lo que todo sistema de responsabilidad civil busca, es ofrecer parámetros de prevención de accidentes, a fin de minimizar, y su vez regular, los daños a los que están expuestas las personas, para así poder delimitar los márgenes de riesgos que son jurídicamente tolerables en una sociedad. En el caso de la responsabilidad civil, este mecanismo de control y regulación se encuentra descentralizado, y “solo se limita a establecer las reglas del juego que sirven de trasfondo a las decisiones de

³ PINO EMHART, ALBERTO. “Entre reparación y Distribución de la Responsabilidad Civil Extracontractual como Mecanismo de Distribución de infortunios.” RchDP N°21. diciembre 2013. pág. 106.

innumerables actores”⁴ en una especie de «técnica de prevención general» en la cual las operaciones de los agentes de modo espontáneo se van ordenando racionalmente dentro de los márgenes que ella impone. De esta manera el control y distribución de costos e incentivos queda entregado al accionar recíproco de los agentes bajo una racionalidad extensiva y horizontal. Por el contrario, en el caso de reglas que obedezcan a «técnicas de prevención especiales», es decir, aquellas que regulen de modo detallado una situación particular, nos encontraremos típicamente ante normas de orden público, cuyo sentido y orientación se encontrará enmarcado en una racionalidad ordenadora y jerárquica que buscará regular actividades en las cuales el riesgo sea excepcionalmente intenso.

El Derecho del Trabajo por su propia naturaleza, que no es propiamente de Derecho público ni de Derecho privado. Ya sea que se considere al mismo como una simbiosis de la racionalidad de ambos derechos, o como la expresión jurídica de una racionalidad «social» diferente, presenta una serie de interrogantes sobre la aplicación judicial de los principios de la responsabilidad en los contratos de trabajo. Es precisamente en esta institución fundadora del Derecho Laboral el lugar en donde se expresa de manera preeminente la tensión entre una técnica de prevención general y especial, cuestión que devela a su vez dos racionalidades contrapuestas —orden privado v/s orden público— que van permeando soterradamente la evolución judicial del tema en los últimos años.

El contrato de trabajo, es un tipo de contrato particular, diferente a los contratos civiles, ya que tiene como soporte un detallada regulación que ha dado nacimiento –si así se quiere considerar– a toda una área nueva del Derecho, como lo es el Derecho del Trabajo. Dicho contrato en su propia constitución busca conciliar elementos que en principio son contradictorios; de un lado la protección de una situación de vida del trabajador, y del otro, la necesaria regulación de una actividad que en última instancia tiene un fin económico, es decir que busca rentabilizar socialmente al máximo una determinada actividad productiva⁵.

⁴ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op. cit. pág. 47.

⁵ Desde el siglo XIX que se ha caracterizado a la relación de Capital como aquella suma de dinero que en una serie de procesos de circulación deviene en su magnitud de valor aumentada, cuestión que se podría ejemplificar como una *valorización del valor*, al respecto cabe revisar el “Tomo I del Capital” de K. Marx, que explica de modo detallado el esqueleto lógico de este fenómeno, esta conceptualización sirve de base para entender la regla ética de la Crítica del Programa de Gotha efectuada por el mismo autor, que exhorta a construir una sociedad donde la asignación del excedente social pase de *cada cual según sus capacidades; a cada cual según sus necesidades*, en cuanto la forma social de la organización capitalista autorreferencialmente no está orientada a la satisfacción de necesidades sino que a la acumulación del Capital. Alguna crítica en el mismo tono realiza I. Kant desde el criticismo

Esta oposición constitutiva del Derecho laboral se expresa en materias tales como la huelga, “mucho se ha discutido, sin que los autores hayan logrado ponerse de acuerdo, cuál es la verdadera y exacta naturaleza de la huelga. Unos —Carnelutti entre ellos— sostienen que es un acto antijurídico; otros, que la huelga es un derecho tan respetable como el de propiedad y los demás que se rigen por el Derecho Privado, y por último un tercer grupo, que sostiene que la huelga no es un derecho, sino que es un hecho”⁶, la huelga ya sea que se considere el ejercicio legítimo de un derecho, una situación de hecho reglada o un acto antijurídico⁷, devela en su contenido íntimo un enfrentamiento, la colisión de intereses contrapuestos, su expresión jurídica es el escenario dispuesto para el despliegue de estos intereses divergentes, la discusión dogmática respecto a su naturaleza, e incluso los radicales desacuerdos sobre la eventual inscripción de la misma al interior del registro del Derecho, precisamente plasman esta constitución conflictiva.

La responsabilidad en el contrato de trabajo representa de manera prístina esta oposición de fuerzas primarias que moldea al Derecho laboral, en ella, está en juego por un lado, el desarrollo técnico de 2 mil años de evolución del Derecho privado que ha logrado crear un complejo sistema general de responsabilidad que permite el despliegue extensivo de los controles de riesgos que los agentes jurídicos se imponen unos a otros a través de la «Ley del contrato» en el caso de la responsabilidad contractual, o en las normas generales de responsabilidad extracontractual que permiten dilucidar *ex post* el deber de cuidado infringido a través de una serie de estándares de apreciación que obligan al juez. Y por el otro, las reglas constitucionales que vienen a cautelar una situación de vida en la cual se encuentra inmerso el trabajador. Gamonal, al respecto indica: “en el contrato de trabajo observamos un ámbito donde la personalidad del trabajador y su interés moral y, extrapatrimonial se encuentran especialmente comprometidos y, por ello, se requiere de una

racionalista en la “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres” al proponer una regla ética que implique el tratamiento de los hombres como fines y no como medios de otros, así si dichos imperativos individuales se estatuyen como un sistema social llevarían a la humanidad a la progresiva construcción de un *reino de fines*, el cual no es más que el lugar material en donde se encarnaría la moral no sujeta a determinaciones exteriores que debe guiar el accionar humano conforme el ideal kantiano.

⁶ HUMERES, HECTOR. “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo II.” Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. 2010. pág. 265

⁷ En el sentido que el “acto propiamente antijurídico no es ni violación de un deber ni ejercicio de un poder establecido por el derecho” en HUMERES, HECTOR. “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo II.” Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. 2010. pág. 266.

intervención legislativa de protección”⁸. La responsabilidad en materia laboral se encuentra en el centro de esta oposición —desarrollo de una actividad económica v/s tutela del trabajador— remitirse a ella, y en específico, a la compensación por daño moral con ocasión del término del contrato de trabajo, que es el objeto de esta investigación, es también delinear elementos fundamentales del Derecho Laboral, preguntarnos por su naturaleza, por sus contornos respecto al Derecho privado y público, para finalmente establecer su objetivo, el que quizás no sea otro, que ser una de las herramientas que limiten de alguna manera la mediatización del género humano, ser en definitiva, con toda la complejidad y heterogeneidad inherente, la materialización jurídica de una determinada ética.

⁸ GAMONAL, SERGIO. “El Principio de Protección del Trabajador en la Constitución Chilena.” Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Estudios Constitucionales. Año 11. N° 1. 2013. pág. 426.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

I.I Contenido Ético-Jurídico del Contrato de Trabajo

El contrato de trabajo es un contrato de una naturaleza jurídica radicalmente distinta a la de los contratos civiles típicos “no se conforma el contrato de trabajo con la sola y aislada prestación de servicios y su remuneración. Son seres humanos que se ligan en una relación de comunidad jurídico-personal, y no es mercancía el objeto de la relación jurídica. El contrato de trabajo tiene además un profundo contenido moral con manifestaciones jurídicas, a las que llamamos obligaciones ético-jurídicas”⁹, este contenido ético-jurídico del contrato de trabajo da cuenta que su fundamento no sólo obedece a una racionalidad económica que enmarca las prestaciones entre las partes contratantes dentro de un ámbito patrimonial, sino que también se registran prestaciones personales que son permanentes en el tiempo, “si bien en Chile y en el mundo ha predominado la tesis contractual de prestaciones patrimoniales, el contenido mínimo impuesto por la ley al contrato recoge muchos elementos del vasallaje como vínculo de fidelidad recíproca que se emparenta con los vínculos familiares”¹⁰, así el contrato de trabajo sería el “producto de una combinación o una síntesis de la tradición romanista y germanista de la relación de trabajo”¹¹. Nuestra Excma. Corte Suprema, ha sostenido al respecto que “el contrato de trabajo se caracteriza también por su contenido ético, es decir, por el imperio de ciertos principios que las partes deben respetar, entre ellos, el deber de fidelidad y lealtad a que ambas se encuentran obligadas. Por lo mismo, las relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de confianza, el que se genera en la medida que las partes cumplan con sus obligaciones en la forma estipulada.”¹²

Diversas disposiciones y principios presentes en nuestro ordenamiento jurídico, sostienen el contenido ético y jurídico del contrato de trabajo, entre ellos destaca el principio de la buena fe “cabe indicar que atendidos los términos del artículo 1546 la doctrina y

⁹ THAYER, WILLIAM, NOVOA, PATRICIO. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo III.” Editorial Jurídica de Chile. 4ª Edición. 2010. pág. 113.

¹⁰ GAMONAL, SERGIO. “El Daño Moral en el Contrato de Trabajo.” Legal Publishing. 3ª Edición. 2011. pág. 9.

¹¹ *Ibíd.* pág. 8

¹² Excma. C.S. 19 de Noviembre de 2010. ROL:5485-2010 [cita MICROJURIS MJJ25460]

jurisprudencia nacionales son contestes y uniformes en reconocerle a la buena fe una función integradora.”¹³ Así “el principio de la buena fe se nos presenta como una real fuente de derechos y obligaciones, ampliando el contenido del contrato.”¹⁴ Más aún, en un sentido informador, la buena fe “le infunde sentido y valor a las formulaciones jurídico-técnicas a objeto de que dicho ordenamiento sea más congruente con las exigencias de lealtad y honestidad que debe inspirar la conducta de los sujetos, respondiendo de esta manera a las exigencias del principio de responsabilidad negocial.”¹⁵

En materia laboral, en cuanto el trabajador encuentre subordinada su «situación de vida» a las cláusulas de un contrato de trabajo, la buena fe deberá ser aplicada de modo preferente «vehiculizando» de esta manera la totalidad del vínculo obligatorio que une a las partes. En su “función informadora del sistema jurídico, que ostenta la buena fe, permite concluir que el Derecho no es puro formalismo y que la aplicación de sus normas exige una conexión con el sistema de valores”¹⁶. A mayor abundamiento, si en materia civil, área del ordenamiento jurídico cuyo contenido es esencialmente patrimonial, el principio de buena fe tiene aplicación plena para efectos de interpretar el contrato y ampliar el contenido obligatorio, las razones para aplicarlo en materia laboral se refuerzan, ya que el trabajador se encuentra vinculado de un modo personalísimo al contrato, siendo el contenido del mismo, más intenso y complejo que un contrato civil o mercantil, porque sus efectos son múltiples, no se radican sólo en una esfera patrimonial, sino que de un modo directo estos son extrapatrimoniales también, atravesando de esta manera, sistemática y permanentemente gran parte de la subjetividad del trabajador. Basta ilustrar para tales efectos, que aquél, se encuentra subordinado 45 horas a la semana al poder dirección de su empleador, quien a fin de cuentas no es un poder soberano, sino que es sólo otro agente privado, al igual que él. El trabajador queda sujeto entonces, a un deber de obediencia y fidelidad respecto de otro particular, o —según el Derecho comparado— al esquema disciplinario que este dirige y organiza, con todas las implicancias que una situación así conlleva.

De hecho, cualquier actuación libre que el trabajador desee efectuar al interior de su jornada laboral va a estar supeditada a la voluntad del empleador, quien tiene garantizado

¹³ BOETSCH GILLET, CRISTIÁN. “La Buena Fe Contractual.” Editorial Jurídica de Chile. 2011. pág. 115.

¹⁴ *Ibíd.* pág. 116.

¹⁵ IRURETA URIARTE, PEDRO. “Vigencia del Principio de la Buena Fe en el Derecho del Trabajo Chileno.” *Revista Ius et Praxis*. Año 17. N° 2. 2011. pág. 144.

¹⁶ *Ibíd.* pág. 144.

jurídicamente el control y comando sobre la constitución completa del trabajador. La esfera primaria de la personalidad humana, como lo es la disposición libre y plena de la propia subjetividad se va a encontrar en este caso materialmente mediada por otro privado.

Esta específica y compleja situación es el fundamento del contenido ético-jurídico del contrato de trabajo. El principio de la buena fe va a operar entonces como la conexión entre las garantías constitucionales que cautelan los derechos básicos de la personalidad y el vínculo contractual, reforzando la introducción de las primeras al interior del contenido normativo del segundo, estableciendo en el contrato de trabajo, niveles de lealtad y exigencia mayores a los que se estilan en los demás contratos del tráfico civil. En consecuencia, las garantías constitucionales en materia laboral no solo van a cumplir un rol público, exterior al contrato, cautelando los derechos del trabajador como ciudadano a secas, sino que las mismas serán parte del vínculo contractual y se asentarán en el centro de la configuración interna del contrato regulando así la situación de vida del trabajador, complejizando la relación laboral, y otorgándole al «trabajador-ciudadano» una protección constitucional múltiple, filtrándose además dicha protección bajo la lógica propia del Derecho del Trabajo, “si en el derecho de los contratos en general están implicados derechos constitucionales como la libre iniciativa económica y el derecho de propiedad”¹⁷ estos derechos cumplen un esencial rol protector “constituyendo un núcleo inalcanzable por el poder de dirección y mando”¹⁸ que ostenta el empleador.

Cabe consignar que la buena fe, no sólo remite al contrato de trabajo a una normativa de carácter constitucional, en un despliegue que podría ser calificado de unidireccional, sino que la remisión es dirigida a un extenso y sistemático arco normativo que va desde principios, tratados internacionales, disposiciones constitucionales, normativa laboral, reglamentos administrativos, normativas internas de las unidades de trabajo hasta llegar a los preceptos estrictamente éticos, se configura de este modo una buena fe con fuerza

¹⁷ GAMONAL, SERGIO. “El Daño Moral en el Contrato de Trabajo.” Legal Publishing. 3ª Edición. 2011. pág. 20.

¹⁸ MELLA, PATRICIO y DOMINGUEZ, ALVARO. “Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela Laboral en Chile: Estado Doctrinal, Legal y Jurisprudencial.” RDPUCV. XXXIX. 2012. 2do. Semestre. pág. 187.

expansiva que amplía considerablemente el contenido obligacional del objeto del contrato pasando a involucrar este una heterogénea variedad de normas jurídicas. De esta manera un vasto catálogo de derechos y obligaciones son adquiridos por las partes al suscribir el contrato de trabajo, estos derechos y obligaciones en última instancia obtienen su fundamento en los delicados bienes jurídicos que son puestos en juego, en especial la integridad física y psíquica del trabajador. La racionalidad del Derecho Laboral, no es ajena a esta situación, por el contrario, está diseñada para una intervención normativa detallada y masiva que regule la situación desvalida sobre la cual se sostiene el trabajador. Lo cual nos lleva a la intervención directamente constitucional sobre el contenido contractual que configura el vínculo laboral y las disquisiciones sobre la forma de operar que esta intervención ostentaría.

I.II Recomposición Constitucional del Contrato de Trabajo

Este registro argumentativo inicial, no ha sido pacífico en Derecho comparado, si bien en Chile no existe una gran discusión doctrinaria, ni un elevado desarrollo jurisprudencial respecto de cómo, es o no es, introyectado el contenido exterior a lo estrictamente prescrito en el contrato de trabajo, en la doctrina laboralista española –punto de referencia obligado del desarrollo desplegado por nuestros operadores jurídicos en materia laboral– la discusión existe, y se encuentra referenciada en el rol de los derechos fundamentales al interior del vínculo contractual y su vinculación con la buena fe, si es que estos son «interiorizados» totalmente por el contrato, y de alguna manera son también limitados y «modulizados»¹⁹ por el mismo, o por el contrario son anteriores y exteriores al contrato, y en virtud de lo anterior, son introyectados de una manera jerárquica y su límite sólo deriva de otros derechos fundamentales “La disputa no gira en torno al origen de dichos derechos, ya que nadie niega su fuente directa como son las normas constitucionales, sino su modo de operar dentro de la relación laboral. Por un lado, si como posiciones o poderes que se integran al contenido del contrato, y de ahí que se hable de derechos fundamentales «contractualizados»; o, por el

¹⁹ Término ocupado en el debate de la referencia para dar cuenta que los derechos fundamentales se encuentran totalmente permeados por el contenido contractual y que su ejercicio tiene límites adicionales que derivan de la buena fe, por ende no se puede hacer un ejercicio abusivo de los mismos.

contrario, como posiciones o poderes que operan desde el exterior, irradiando e imponiéndose al resto del contenido contractual.”²⁰

Esta discusión es relevante, ya que su contenido se yergue sobre la extensión normativa del contrato de trabajo, porque la relación de exterioridad o no exterioridad del vínculo de modo implícito hace referencia a lo que efectivamente, es o no es, regulado por el vínculo contractual, los impactos son a todos los niveles, y un serie de interrogantes se abren paso, como por ejemplo; ¿Dónde estriban las fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Constitucional? ¿Cuál es la línea divisoria la responsabilidad contractual y extracontractual en caso que se produzca un daño injusto en la relación laboral? ¿Si el contenido es exterior, significa que se encuentra el mismo fuera del Derecho Laboral? ¿Cuál es el rol del contrato de trabajo respecto de los derechos fundamentales de empleador y trabajador, un catalizador que los proyecta a colisionar sin mediaciones en un ámbito propiamente constitucional, o por el contrario, un modulizador que con su propio contenido los limita internamente en su ejercicio? ¿Cuáles son y cómo operan los límites de un derecho fundamental involucrado en un contrato de trabajo?

La discusión presenta matices y posiciones intermedias, no obstante, es posible de caracterizar que un sector de la doctrina, y más aún; cierta jurisprudencia española, plantea que los derechos fundamentales en materia laboral tendrían ciertos límites en su ejercicio, y que estos límites estarían dados por el vínculo contractual, ya que “por sí mismos, los derechos fundamentales no constituyen cláusulas ilimitadas de excepción, que justifiquen el incumplimiento de los deberes asumidos en el contrato de trabajo. La sujeción del empresario a los derechos fundamentales no justifica, por sí sola, un menoscabo de los principios de seguridad jurídica y *pacta sunt servanda*”²¹ “la relación de trabajo es una relación de dependencia y subordinación (art. 1.1 ET), pero no tiene un interés exclusivamente patrimonial, pues todo trabajador es titular de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Sin embargo, la modulación de los derechos fundamentales del ciudadano, cuando éste pasa a ser trabajador, se tiende a producir en cierto grado y se

²⁰ UGARTE, JOSÉ LUIS. “Los Derechos Fundamentales del Trabajador y la Buena Fe en el Debate Español.” RDPUCV. XXXVI. 2011. 1er. Semestre. pág. 142.

²¹ DE LA VILLA, LUIS ENRIQUE y SAGARDOY, JUAN ANTONIO “El Derecho del Trabajo a mi 80 Años.” Editorial Universitaria Ramón Areces. 2015. pág. 70.

ven matizados al entrar en contacto con el entorno donde van a ser ejercitados.”²² Por ejemplo la “libertad de expresión (...) debe ejercerse dentro de los límites que impone el respeto al derecho ajeno, a la moral y al orden público; en el ámbito laboral el derecho se modaliza en razón del principio de la buena fe contractual”²³.

El Tribunal Constitucional Español ha fallado al respecto que: “la efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquellos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE. Por esa razón es necesario modular, según los casos, el ejercicio de todos ellos”²⁴

Estas posturas se fundan en la «eficacia horizontal» de los derechos fundamentales, en cuanto, que “sin duda, el derecho a la vida o la integridad por ejemplo, se proclaman en la Constitución con la intensidad suficiente para ser aplicables, sin depender de un desarrollo legislativo, frente a todos y en todas las relaciones”²⁵. Así los derechos fundamentales no “actúan frente al contrato sino que se insertan, enriquecen, complementan y modulan el ejercicio de los poderes empresariales e implican nuevas posiciones contractuales del trabajador”²⁶ quedando entonces sometidos al principio de la buena fe, principio que en este caso implica para el trabajador que su labor debe ser realizada con un especial deber de cooperación, e “ir más allá de una aséptica ejecución de la prestación de trabajo”²⁷.

En múltiples ocasiones, este perfilamiento de la modulación de los derechos fundamentales ha sido entendido como la ineludible subordinación y adaptación de las garantías constitucionales que asisten al trabajador al poder de dirección que tiene el

²² CONDE MARÍN, EMILIA. “Derechos y Obligaciones del Trabajador”. Lecciones del Contrato de Trabajo, Materiales adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior, Editorial Dykinson. 2014. pág. 110.

²³ *Ibíd.* pág. 112.

²⁴ Tribunal Constitucional Español, 20 de Septiembre de 2004, Sentencia 151/2004,[cita VLEX-229467]

²⁵ URRITIKOETXEA, MIKEL. “Acoso Laboral y Lesión de Derechos Fundamentales.” Editorial Bomarzo, 2014. pág. 267.

²⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y BRAVO-FERRER. Citado en URRITIKOETXEA, MIKEL. “Acoso Laboral y Lesión de Derechos Fundamentales.” Editorial Bomarzo. 2014. pág. 294

²⁷ CONDE MARÍN, EMILIA. *Op. cit.* pág. 116.

empleador, evitando de antemano cualquier juicio de «proporcionalidad»²⁸ que pondere el derecho de «libertad de empresa» que es el fundamento positivo²⁹ del cual se deriva el poder de dirección del empresario. Creemos que se ha obviado de parte de estas formulaciones doctrinales y jurisprudenciales, que en última instancia este poder de dirección empresarial no es una expresión inmediata de la dignidad humana, por el contrario, el mismo más bien se vincula a una racionalidad de corte económico.

Gran parte de estas afirmaciones han sido criticadas, en el sentido, que la buena fe, en este marco pasa a ser erigida como el elemento estructurante de la doctrina del «abuso del derecho», realidad propia del Derecho privado, y que de este modo “se acaba por resucitar, de épocas anteriores, el genérico deber de lealtad del trabajador”³⁰ “así, el derecho fundamental vendría limitado intrínsecamente y desde su interior por los parámetros conductuales de la buena fe, de modo tal que, si en su ejercicio se traspasa dicho límite, no existe cobertura jurídica iusfundamental, esto es, no habría propiamente derecho.”³¹

A mayor abundamiento, y en el mismo perfil crítico, se ha indicado que modular de antemano los derechos fundamentales del trabajador para doblegarlos de antemano a un “interés empresarial” deviene que este interés se transforme en una verdadera “cláusula de compresión del contrato de trabajo”³² lo que produciría “una perversión interpretativa que soslaya los derechos fundamentales del trabajador y la propia autonomía de la voluntad como satisfacción de los intereses de ambos contratantes.”³³

Así, un sector de la doctrina laboralista española, ha caracterizado de una manera crítica la primera fase de la recepción jurisprudencial de los derechos fundamentales por la

²⁸ Entendido este concepto en los términos formulados por R. Alexy y que ha sido ampliamente acogido por la jurisprudencia europea y española como un ejercicio de valoración al momento de producirse una colisión de derechos fundamentales, a través de un juicio compuesto de tres reglas *necesidad, idoneidad y proporcionalidad*.

²⁹ Constitución Española Art 38: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

³⁰ TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL, “La Vulneración del Derecho a la Intimidad por Delatores, Detectives Privados y Medios Tecnológicos” Editorial Bomarzo. Revista de Derecho Social, Nº 71, Julio 2015. pág. 62.

³¹ UGARTE, JOSÉ LUIS. “Los Derechos Fundamentales del Trabajador y la Buena Fe en el Debate Español.” RDPUCV. XXXVI. 2011. 1er. Semestre. pág. 142

³² URRITIKOETXEA, MIKEL. op. cit. pág. 281

³³ *Ibíd.* pág. 281.

insuficiente valoración de aquella primera etapa, respecto de las garantías constitucionales del trabajador, en cuanto dicha jurisprudencia ponderaba bajo el mismo rasero las exigencias productivas del empleador con los derechos fundamentales del trabajador, sin considerar que entre ambos las relaciones son totalmente asimétricas, mostrativo de esto son los tipos de bienes jurídicos que son puestos al interior del vínculo contractual por una parte y por otra.

En consecuencia, una “buena fe heredera de unos moldes contractuales y normativos autoritarios”³⁴ propios del franquismo y del rol «feudal»³⁵ que este le otorgó a los empresarios, terminó otorgándole a la misma un rol de limitativo adicional al ejercicio de los derechos fundamentales, antes que erigirla como una garantía protectora del trabajador en una relación estructuralmente asimétrica como lo es una relación laboral.

Con el fin de contrarrestar esta interpretación limitativa de los derechos fundamentales, se ha enarbolado la tesis que los derechos fundamentales serían exteriores y anteriores al contenido contractual, por ende, son ilimitables por la racionalidad del Derecho Privado, cualquier modulación que estos pudieran sufrir, solo puede estar dada por otro derecho fundamental, ya que aquellos no pueden ser insertados horizontalmente en el vínculo contractual, sino que por el contrario, en materia laboral, estos someten al vínculo exteriormente, “reafirmando, indirectamente, la superioridad de los derechos fundamentales de los trabajadores en relación con los de la empresa”³⁶.

Se sostiene que la jurisprudencia erradamente habría intentado compatibilizar una modulación de los derechos fundamentales mediante el estatuto de la buena fe con un juicio de proporcionalidad posterior, en el cual se ponderaría la colisión de las garantías constitucionales que asisten a empleador y trabajador, ejercicio decisorio que según este sector no es posible de ser efectuado, ya que la racionalidad subyacente a la modulación y la proporcionalidad son opuestas. Se plantea “que la buena fe, y, en rigor, cualquier otra

³⁴ *Ibíd.* pág. 275.

³⁵ “Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza” (Tribunal Constitucional Español, 19 de julio de 1985, sentencia 88/1985, visto en http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/468#complete_resolucion consulta: 15 de marzo de 2018)

³⁶ VALDÉS DAL RE, FRANCISCO. “Contrato de Trabajo, Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador y Poderes Empresariales: Una Difícil Convivencia.” Editorial Wolters Kluwer. Revista de Relaciones Laborales. N° 2. 2003. pág. 89.

categoría análoga como, por ejemplo, la de abuso del derecho, entendida como suele hacerse —esto es, como un límite interno o inherente—, no tiene cabida conceptual en la teoría externa o de la ponderación (...) y por tanto, no corresponde su utilización en la aplicación del principio de proporcionalidad para la solución de colisiones de derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo”³⁷ se preguntan, por ejemplo, “¿En base a qué criterio interpretativo constitucional se puede sostener la «moderación» en su ejercicio es parte del contenido de cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente?”³⁸ Se alude igualmente al hecho que la buena fe no tiene reconocimiento constitucional alguno como para ser enarbolada como una categoría limitativa. Porque “¿De qué precepto o preceptos constitucionales se deriva que las libertades deben ceder, in abstracto, frente a las exigencias de la relación contractual, y por lo tanto, frente al deber de la buena fe para la que habitualmente se alega tan sólo un fundamento iuspositivo inferior a la Constitución?”³⁹ Bajo la racionalidad de los derechos fundamentales hay primariamente “razones de tipo formal, que encuentran su origen en el ámbito donde la figura surge y se desarrolla, el Derecho privado, como con razones de orden práctico sobre la necesidad y conveniencia de proceder de esa manera. Razones que podrían resumirse en la idea que las libertades no deben verse sujetas en su desarrollo a otras limitaciones que las constitucionalmente establecidas y eventualmente concretadas en la ley.”⁴⁰

Las objeciones son importantes, y no solo tienen expresión en un abstracto registro doctrinario, las consecuencias prácticas son frecuentes, común es, por ejemplo, la colisión del derecho a la intimidad, o la libertad de expresión del trabajador con el ejercicio de la libertad de empresa o propiedad del empleador, la forma de valoración de los derechos fundamentales, será a fin de cuentas el criterio dirimente del litigio. De este modo, la discusión del rol de la buena fe, —que para el interés nuestro, no es más que la discusión transfigurada sobre la extensión normativa del contrato de trabajo—, es de una importancia esencial, ya que permite ir dilucidando los límites entre el Derecho Constitucional y el

³⁷ UGARTE, JOSÉ LUIS. “Los Derechos Fundamentales del Trabajador y la Buena Fe en el Debate Español” RDPUCV. XXXVI, 2011. 1er. Semestre. pág. 148.

³⁸ *Ibíd.* pág. 153.

³⁹ MORENO GARCÍA, ANTONIO. “La Buena Fe y los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. “Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Revista Española de Derecho Constitucional. N°38. 1993. pág. 285.

⁴⁰ *Ibíd.* pág. 268.

Derecho del Trabajo, cómo se engarzan y codeterminan entre sí, las técnicas, desarrollos y racionalidades de estas dos áreas del ordenamiento jurídico.

Cabe destacar, que con el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, y la aptitud de estas para una penetración masiva e intensa en la subjetividad de los particulares, se van a presentar enormes desafíos para todo el registro del Derecho, y en específico, para el diseño de las garantías fundamentales, en cuanto, la “digitalización implica la capacidad de hacer predicciones mediante técnicas como el aprendizaje automático supervisado y otras relacionadas, como el estudio de serie temporales, y el estudio estadístico (...) es posible analizar y predecir comportamientos futuros de las personas mediante la utilización de complejos algoritmos”⁴¹. Ello conlleva a reconceptualizaciones profundas del derecho a la intimidad y del derecho de propiedad, que impactarán a todo nivel a las técnicas para dirimir las eventuales colisiones que entre estos derechos se produzcan, un desafío en clave jurídica sobre la reconfiguración de lo que entendemos por autonomía del género humano.

No es necesario un gran ejercicio deductivo, para colegir como este soporte tecnológico digitalizado es capaz de incrementar exponencialmente las capacidades materiales del poder de dirección del empleador. Un verdadero entorno tecnológico recubre la vida, en el cual “nuestra nueva tecnología eléctrica es orgánica y no numérica en sus tendencias porque extiende, no nuestros ojos, sino nuestro sistema nervioso central como un revestimiento de todo el planeta”⁴², una potencia instrumental que quizás pulverice la noción de intimidad, para que en su reemplazo se erija un algoritmo que esté a disposición permanente al interés empresarial. Así, a fin de sostener su flujo de valorización, “hoy al capital no le basta reunir a las fuerzas productivas, sino que debe llegar a lo más íntimo de esas fuerzas”⁴³, en este despliegue de intensificación y expansión cualitativa, el capital va a terminar difuminando su propias fronteras con el campo del trabajo. El punto conflictivo de convergencia será la propia subjetividad del individuo-trabajador, convirtiendo la potencia afectiva-cognitiva —quizás lo más íntimo de la condición humana— en parte esencial de la

⁴¹ GOÑI, JOSÉ LUIS. “Nuevas Tecnologías Digitales, Poderes Empresariales y Derechos de los Trabajadores: Análisis desde la Perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016” Editorial Bomarzo. Revista de Derecho Social, N° 78, abril 2017. pág. 16.

⁴² MCLUHAN, MARSHALL. “Comprender los Medios de Comunicación. Las extensiones del Ser Humano.” Ediciones Paidós Ibérica S.A. y Editorial Paidós. 1° Edición. 1996. pág. 161.

⁴³ NEGRI, ANTONIO “Biocapitalismo. Entre Spinoza y la Constitución Política del Presente.” Editorial Quadrata. 1ra. Edición. 2014. pág. 63.

producción, dando paso a un “usando un término de Deleuze y Guattari, «sujeto maquinico»”⁴⁴ que no es más que “una nueva concretización de la realidad productiva.”⁴⁵ Este tipo de realidad informatizada, que opera como una base tecnológica óptima para la rápida circulación de un capital financiarizado⁴⁶, ha revolucionado el mundo del trabajo, al difuminarlo sobre la vida completa.

Creemos que el problema es complejo, ya que jurídicamente implica problematizar la forma de aplicación de los derechos fundamentales al interior de un estatuto contractual y la eficacia de la Constitución en otras áreas del ordenamiento jurídico. “El grado o intensidad de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* ha sido un problema arduo y espinoso que ha ocupado hasta nuestros días a buena parte de la doctrina europea. Por una parte, están aquellos (Forsthoff, Favre, Aubert y Rogel) que niegan esa vigencia, manifestando que ella representa una perniciosa influencia para el tráfico privado; como si los derechos fundamentales fuesen un verdadero cáncer que se expande y carcome los cimientos más elementales del Derecho Civil, y que cual «caballo de Troya», acabará con la libertad contractual y la seguridad jurídica. En definitiva se oponen a que la regla decisoria de los litigios se traslade a la sede constitucional, en donde, la autonomía de la voluntad cede en pos de la tutela, la protección y los límites. Y por otra, aquellos que se inclinan por aceptar que alguna influencia han de ejercer en las relaciones privadas los derechos fundamentales, aunque con diversos matices en función de la determinación del sujeto destinatario de los preceptos normativos referidos a los derechos fundamentales, ¿Es el legislador, los jueces o lo son también los individuos privados?”⁴⁷.

Las preguntas son especialmente complejas en materia laboral. El contrato de trabajo es el principal lugar en donde el contacto entre la aplicación de los derechos fundamentales

⁴⁴ Ibíd. pág. 60.

⁴⁵ Ibíd.

⁴⁶ El capital financiero al estar monetarizado es altamente fluido y abstracto. K. Marx en “El Capital” define al dinero como aquella fuente autónoma de valor, es decir que no tiene forma concreta alguna, una mercancía que es medida de todos los valores. La digitalización ha facilitado exponencialmente la velocidad de intercambio y circulación, lo que ha derivado en que las operaciones dinerarias operan hoy en día en sofisticados instrumentos financieros, los que basados en la tecnología informática han derrumbado cualquier barrera espacio-temporal para su circulación. Así la dicotomía entre una lógica local y global, hoy es licuada por el comando de un capital que produce un territorio esencialmente abstracto: el mercado mundial.

⁴⁷ MELIS VALENCIA, CHRISTIAN. “Derechos de Ciudadanía y Empresa: Apuntes para una Configuración Dogmático-Jurídica”. [En línea] Consultado el 19 de Marzo de 2018. disponible en: [<http://www.dt.gob.cl/1601/w3-channel.html>URL:http://www.dt.gob.cl/1601/articles/65183_recurso_1.pdf] pág. 2. pie de página N° 8.

y las relaciones de Derecho privado se ha producido, “pues es en éste, en donde, con mayor relevancia, aparece la función de los derechos fundamentales como limitadores de los poderes empresariales y neutralizadores de las desiguales posiciones contractuales”⁴⁸. De una parte se ha planteado que la adaptabilidad de las garantías constitucionales reside en una limitación de los derechos fundamentales a la unidad productiva, estableciendo al efecto, una modulación de aquellos a la realidad económica. Este ejercicio interpretativo sería el verdadero tamiz que impone el Derecho Laboral al legítimo ejercicio de los derechos fundamentales. Y por otra, se ha criticado que esta limitación en términos prácticos equivaldría a doblegarlos al interés económico del empresario, ya que el ejercicio de buena fe de los derechos fundamentales se traduce en la no afectación de la racionalidad productiva de la unidad de trabajo.

Esto derivaría en que el empresario premunido del derecho de propiedad y de libertad de empresa, logra que sus propios derechos fundamentales se conviertan en el criterio interpretativo *par excellence* del contrato de trabajo, convirtiéndose de paso en la racionalidad subyacente del conflicto antes de ser opuestos y ponderados a los derechos fundamentales antagónicos del trabajador, configurando de paso un escenario jurídico totalmente permeado por un interés empresarial, travestido bajo el manto de una sofisticada «neutralidad» que logra mistificar la asimetría propia del contrato del trabajo, una operación, cuyo contenido íntimo no es más que una interpretación expansiva, y en clave «legal» de los derechos fundamentales del empleador.

Para hacer frente a esta situación; nos parece que el planteamiento basado en la exterioridad y verticalidad de los derechos fundamentales es insuficiente. El problema radica en que una solución basada en este registro crítico de la lógica contractual –verticalidad y exterioridad de los derechos fundamentales– termina desvirtuando la lógica propia del contrato de trabajo, ya que al diseccionar las garantías constitucionales respecto de la relación *inter privatos*, se desprecia la propia especificidad y racionalidad del contrato de trabajo, elementos referenciales que por la naturaleza del vínculo contractual, se combinan de manera tensa al interior de la relación laboral. Así, “entre la «legalidad» y la «constitucionalidad» no media una nítida línea fronteriza sino una franja o zona más o menos

⁴⁸ MOLINA, CRISTÓBAL y OLARTE, SOFIA. “Los Derechos de la Persona del Trabajador en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.” Citado en MELIS VALENCIA, CHRISTIAN. *Ibíd.* pág. 7.

amplia donde los juicios sobre una y otra se combinan y entrelazan.”⁴⁹ Como veremos, el problema no radica en la exterioridad o interioridad de las garantías constitucionales, sino en la eficacia «mediata» o «inmediata» de la aplicación de los derechos fundamentales al contenido contractual, cuestión que está referenciada en la capacidad «irradiadora» de la Constitución.

Creemos que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no va a implicar que estos sean totalmente absorbidos por la lógica de coordinación que permea la técnica contractual, sino que, por el contrario, estos son introducidos en el interior del vínculo contractual “situando a la persona del trabajador y a los derechos que le son inherentes en cuanto tal persona en el centro del contrato”⁵⁰, difuminando al vínculo con su propio contenido normativo, «recomponiéndolo». De todos modos, esto “no se contradice con que las circunstancias sociales y de mercado favorables a un intercambio desigual entre trabajo asalariado y capital permanezcan inalterables”⁵¹, cuestión que quizás es el fundamento del pacto social y que el Derecho del Trabajo no viene a impugnar, sino que a estabilizar y regular.

En términos breves, existen dos posturas claras respecto a la aplicabilidad de los derechos fundamentales, “la de la eficacia mediata o indirecta, donde los derechos fundamentales vinculan y obligan directamente única y exclusivamente a los poderes y autoridades públicas, quienes deben en el ejercicio de sus funciones aplicarlos a las relaciones entre particulares, mediatizados y traducidos en leyes que los desarrollen o interpretaciones judiciales que los invoquen. Y la de la eficacia directa o inmediata, donde los derechos fundamentales rigen automáticamente en las relaciones entre particulares, siendo oponibles entre las partes sin necesidad de mediación legal ni judicial que desarrollen dichos derechos”⁵². Creemos que la aplicación directa de las garantías constitucionales tienen una relación de interioridad con el vínculo contractual, en un proceso en el cual “los llamados derechos fundamentales inespecíficos o derechos fundamentales de la persona del

⁴⁹ VALVERDE, MARTÍN. “Constitucionalidad y Legalidad en la Jurisprudencia Constitucional sobre Condiciones de Empleo y Trabajo. Un Estudio a través de Sentencias recientes”. Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, N°73, mayo de 2008, pág. 16.

⁵⁰ URRITIKOETXEA, MIKEL. op. cit. pág. 280

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² UGARTE, JOSÉ LUIS, “La Tutela de los Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: de Erizo a Zorro” Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XX, N° 2. Diciembre 2007, pág. 57.

trabajador, van dando lugar a una interpretación que la doctrina ha caracterizado como reconstrucción o recomposición del contrato de trabajo. De esta manera, los derechos fundamentales inespecíficos son visualizados no ya como límites externos sino como moduladores y racionalizadores del poder empresarial constituyéndose en auténtico derecho común de trabajo”⁵³.

Bajo este prisma, la «modulación» no opera como una carga adicional a los derechos del trabajador —como lo era bajo el enfoque en el cual la buena fe la limitaba—, por el contrario si esta es una carga, lo será al ejercicio de poder empresarial, produciéndose como efecto que la relación asimétrica entre las partes contratantes pasa a ser reconocida de manera preferente, ya que al introducirse en el centro de la estructura contractual los derechos fundamentales del trabajador estos devienen en el filtro jurídico del legítimo ejercicio poder de dirección del empresario. Un movimiento que proviene desde el estándar normativo constitucional, y que desde esta superioridad jerárquica, se introyecta directamente en la relación *inter privados*, de esta manera las garantías contractuales en sede laboral, se aplicarán de modo directo, en cuanto, “aquí la lógica de la autonomía privada y de la igualdad de partes, principal lanza argumentativa de los partidarios de la eficacia indirecta, viene trastocada desde mucho antes de la constitucionalización del Derecho —y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales—, en razón de haber intentado esta rama del derecho, desde su aparición histórica, la corrección y equilibrio de la situación de poder en que se desenvuelve la relación privada entre empleador y trabajador”⁵⁴. Más aún “en Chile la eficacia horizontal ha sido plenamente recepcionada, y en su versión más radical: la eficacia directa o inmediata. Reconocida, en efecto, bajo la denominación local de «principio de vinculación directa de la Constitución».”⁵⁵

El contrato de trabajo queda bajo estos vectores reconstruido o recompuesto constitucionalmente, no se distorsiona, ni se disecciona su racionalidad, por el contrario “se trata de, sin alterar la mecánica del intercambio, tener en cuenta en la lógica contractual no sólo los intereses económicos enjuiciados desde el punto de vista del empresario”⁵⁶ de hecho la posición del empresario y su interés, ya sea que este se considere contractualizado

⁵³ URRITIKOETXEA, MIKEL. op. cit. pág. 279.

⁵⁴ UGARTE, JOSÉ LUIS, “La Tutela de los Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: de Erizo a Zorro.” Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile. Vol. XX. N° 2. Diciembre 2007. pág. 57.

⁵⁵ *Ibíd.* pág. 58.

⁵⁶ URRITIKOETXEA, MIKEL. op. cit. pág. 284.

o fundamentalizado, va estar limitado, no sólo externamente por otro derecho fundamental, sino que en este caso lo estará internamente, ya que el ejercicio jurídico de su posición se encuentra “circunscrito por la intangibilidad de la persona, de tal manera que forma parte de su propia caracterización, no es que eventualmente colisione, sino que por definición un ejercicio de poder no debe invadir esas parcelas”⁵⁷.

Es claro entonces, que “son los poderes privados los que están supeditados a los derechos fundamentales de manera directa y previa, ya que el respeto a la persona y a sus derechos fundamentales es un requisito esencial de la aceptabilidad de todo poder y más aún si es privado y no democrático”⁵⁸, esto deriva en el hecho que al empresario también le son exigibles determinadas medidas de protección para efectos de prevenir turbaciones al ejercicio de estas garantías⁵⁹, la buena fe en este registro permite ir delineando y calificando el contenido de este tipo de obligaciones, si bien no es el origen de aquellas, es la forma específica en las cuales estas se concretan, lo que denota que mientras “más asimétrica sea la relación entre ambos contratantes mayor será la capacidad de penetración de estos derechos fundamentales en las relaciones privadas.”⁶⁰

Los derechos fundamentales en sede laboral al desempeñar un rol modulador del poder de dirección del empresario se estatuyen en “un principio de interpretación de la legislación común conforme al texto constitucional, de manera que toda la interpretación de las normas, cualquiera sea su rango y objeto, debe ajustarse a la concepción del trabajador como un sujeto titular de derechos constitucionalmente protegidos”⁶¹ la buena fe como principio articulador en sede contractual refuerza esta interpretación en razón de su rol expansivo del contenido obligacional. Se logra de esta manera, armonizar la intervención constitucional con el contenido propio del contrato, vehiculizando de paso, la totalidad de la obligación. El Derecho del Trabajo, orientado desde su inicio al reconocimiento de la asimetría fáctica en virtud de su racionalidad y técnica, cumple un rol esencial en este entramado al lograr que todo el vínculo contractual se encuentre texturizado por las garantías constitucionales del trabajador, se erige entonces aquel, como un Derecho

⁵⁷ Ibíd. pág. 291.

⁵⁸ Ibíd. pág. 292.

⁵⁹ Principalmente en problemáticas relacionadas con la vulneración de la integridad psicológica como ocurre en el acoso laboral, en donde el empresario tiene una obligación de protección de la víctima frente a las agresiones de terceros.

⁶⁰ Ibíd. pág. 278, pie de página N°720.

⁶¹ MELIS VALENCIA, CHRISTIAN. op. cit. pág. 20.

«vinculador» respecto de otras áreas del ordenamiento jurídico en su afán de proteger y regular la situación de vida del trabajador.

La recomposición constitucional del contrato de trabajo, armonizada en materia contractual a través del principio de la buena fe, nos permite dilucidar una amplia extensión normativa que regula el vínculo contractual a través de la reinterpretación y la ampliación de las facetas reguladas contractualmente mediante la valorización de los derechos fundamentales. Disposición hermenéutica, que permite de un modo fundado, delinear los argumentos jurídicos mínimos en virtud de los cuales, se aplica y circunscribe la indemnización por daño moral al término del contrato de trabajo, porque “la condena por daños morales es la lógica consecuencia de la radicalidad con la que operan los derechos fundamentales y libertades públicas —en sentido material, derechos humanos— ya que se configuran como la manifestación más inmediata de la dignidad de la persona en el plan jurídico”⁶². “El daño moral en el contrato de trabajo implica un reconocimiento a la relación de poder que lo subyace.”⁶³

Un contrato de trabajo, cuyo efecto obligatorio es amplio, debido a la acción combinada entre la aplicación directa de los derechos fundamentales y el rol expansivo de la buena fe, va a configurar un ámbito de previsibilidad con unos márgenes suficientes para incluir sin problemas a los daños morales en la extensión del daño resarcible. En consecuencia, es deber del empleador «prever» que el vínculo contractual que suscribe involucra una situación de vida del trabajador.

Esta conceptualización del contrato de trabajo nos lleva a las siguientes conclusiones:

- A) El contrato de trabajo es radicalmente diferente respecto de los contratos civiles y mercantiles al regular esta una situación de vida y haber generado dentro de su contenido obligacional un estatuto que regula no sólo prestaciones de carácter patrimonial, sino que relaciones personales entre las

⁶² ALAMEDA, MARÍA TERESA. “Repensando el Modelo de Tutela Resarcitoria en la Vulneración de Derechos Fundamentales Inespecíficos en el Contrato de Trabajo” Revista de Derecho Social, Editorial Bomarzo. N°66. 2014. pág. 38.

⁶³ GAMONAL, SERGIO. “El Daño Moral en el Contrato de Trabajo”. Legal Publishing. 3ª Edición. 2011. pág. 6.

partes. Su contenido obligacional involucra un fundamento ético que es apuntalado por el principio de buena fe en rango legal y por la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en rango constitucional.

- B) Las relaciones personales reguladas por el contrato de trabajo se encuentran especialmente protegidas por la Constitución, siendo los derechos fundamentales directamente aplicables sobre el vínculo contractual en virtud del artículo 6º de la CPR, de este modo se genera una reinterpretación de rango constitucional del contrato de trabajo denominada «recomposición constitucional».
- C) Bajo la «recomposición constitucional» del contrato de trabajo, el poder de dirección del empresario será modulado y limitado internamente en su ejercicio por los derechos fundamentales del trabajador, esta combinación entre la lógica contractual y el Derecho Constitucional, a fin de facilitar una intervención legislativa de carácter protector, es Derecho común del Trabajo.
- D) La aplicabilidad directa de los derechos fundamentales es más intensa cuanto más asimétrica es la relación entre las partes contratantes, por ende, el contrato de trabajo es un lugar privilegiado para su intervención, ya que desde un inicio se reconoce la desigualdad material entre las partes contratantes.
- E) Al contar con un contenido obligacional más amplio que los contratos típicamente patrimoniales, el vínculo contractual extiende el ámbito del riesgo regulado para efectos de proteger al trabajador.
- F) Un ámbito de riesgo extenso, ensancha a su vez el ejercicio de previsibilidad que debe realizar el empleador al momento de contratar, este debe conceptualizar previamente que un trabajador se va a encontrar de un modo personalísimo ligado al vínculo contractual, ya que la esfera extrapatrimonial pasa a ser regulada de un modo directo por el contrato de trabajo, entonces será jurídicamente exigible a través del respectivo juicio de reprochabilidad que el empleador se represente aquella situación.
- G) En este registro, el daño moral pasa a tener una aplicación ordinaria, ya que su compensación opera como una de las expresiones inmediatas de tutela de la dignidad humana, su categorización como daño estará normalmente circunscrita al estatuto contractual.

CAPÍTULO II

DAÑO MORAL AL TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL

II.1 Estatuto Extracontractual: Exigencia de la Actual Jurisprudencia Laboral

La compensación del daño moral remite a elementos fundamentales que configuran cualquier sistema de responsabilidad. En Chile su procedencia se enmarcó en un proceso de discusión, que podría ser caracterizado como de una paulatina aceptación a través de la actividad jurisprudencial. Así “desde la entrada en vigencia del Código Civil y hasta principios del siglo XX la jurisprudencia entendía que sólo era indemnizable el daño patrimonial referido por el artículo 1556 y se mostró contraria a conceder una reparación por perjuicios morales. Utilizaba como principal argumento para rechazar su reparación la imposibilidad de apreciar pecuniariamente derechos o intereses inmateriales, cuya indemnización se estimaba ajena al Código Civil”⁶⁴.

En 1922 se produjo el primer punto de inflexión sobre la materia, al momento que la Excm. Corte Suprema acogió abiertamente la compensación del daño moral en sede extracontractual, fundamentando al efecto, que el artículo 2329 no distingue sobre el daño específico que debe ser reparado, entendiendo que, “la reparación del daño causado, no puede obtenerse en muchos casos de un modo absoluto y para alcanzar una reparación relativa, no existe otro medio que la sanción pecuniaria”⁶⁵ también se pronunció indicando que la inconmesurabilidad de aquel daño no obsta a su reparación en dinero, que esta falta de equivalencia entre daño y reparación antes que excluir una estimación monetaria daba cuenta de una insuficiencia de medios establecidos por el legislador, y que de aquello no se deriva que “deba dejar de aplicarse la sanción (...) como represión o reparación de los actos ilícitos”⁶⁶.

En el caso de la responsabilidad contractual, la aceptación de la reparación del daño moral ha tenido un mayor nivel de dificultad, “en Francia la reparación del daño moral

⁶⁴ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op cit. pág. 294-295.

⁶⁵ *Ibíd.* pág. 295.

⁶⁶ *Ibíd.*

constituye un principio indiscutible de la responsabilidad contractual desde 1952, aunque varias sentencias aisladas venían determinándolo desde 1899 en adelante, en Chile recién cabe hablar de uno existente a partir de 1994 y firme desde 2001 (...) la comparación entre estos sistemas resulta posible, pues en todos ellos la regulación civil decimonónica carecía de referencia alguna al daño moral”⁶⁷. El fundamento de la objeción a su procedencia radicaba en una interpretación conjunta de los artículos 2314, 2329 y 1556 del CC, en la cual, las primeras reglas referidas a la responsabilidad extracontractual habrían establecido que la indemnización de perjuicios opera para «todo daño», al contrario que en materia contractual, en la cual el artículo 1556 al no incluir de manera expresa la compensación del daño moral, y sólo indicar como daños indemnizables los propiamente patrimoniales –daño emergente y lucro cesante–, habría excluido de su estatuto la reparación de este tipo de daño, cabe consignar que aquel “debate sustantivo que la partida del daño moral planteaba en el terreno del incumplimiento jamás fue conocido en Chile o, al menos, esbozado”⁶⁸. De esta manera, las disquisiciones sobre el contenido propiamente obligacional del daño moral no fueron abordadas de modo sistemático, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia nacional.⁶⁹

“Las primeras sentencias que acogen el daño moral por incumplimiento de un contrato fueron dictadas a propósito de los perjuicios derivados de accidentes de transporte, en los cuales se había celebrado previamente una convención de dicha naturaleza”⁷⁰, con posterioridad, un avance orgánico sobre su procedencia se produjo “en 1968, la Ley de Accidentes del Trabajo abrirá las puertas a esa reparación en el ámbito de un contrato en especial como es el de trabajo”⁷¹, la consagración definitiva se producirá en 1994, fecha en la cual la Corte Suprema “abandona la concepción patrimonialista del derecho de obligaciones, ya que entiende que la tutela de la persona y sus atributos inmateriales requieren una

⁶⁷ DOMÍNGUEZ, CARMEN “La Reparación del Daño Moral Derivado del Contrato en el Derecho Civil Chileno: Realidad y Límites”. Cuadernos de Análisis Jurídicos III. Colección de Derecho Privado, Universidad Diego Portales. 2006. pág. 228.

⁶⁸ *Ibíd.* pág. 230.

⁶⁹ Debates que sí existieron en Derecho comparado, como por ejemplo, el contenido negativo o positivo del daño moral, o la patrimonialidad que al menos este debe afectar como requisito para su resarcimiento, el cual se dio profusamente en la doctrina francesa del siglo XIX.

⁷⁰ BAHAMONDES, CLAUDIA “Daño Moral por Despido Injustificado” Cuaderno de Análisis Jurídicos. Colección de Derecho Privado, Universidad Diego Portales, 2004, pág. 254.

⁷¹ DOMÍNGUEZ, CARMEN. *op. cit.* pág. 230.

protección si no superior, al menos igual, a la de sus atributos materiales o patrimoniales”⁷². Sostendrá dicha concepción, no sólo a través de una reinterpretación de las normas contenidas en el Código Civil, sino que también, a través de una aplicación sin ambigüedades de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. De hecho, en virtud de “la reiteración de la misma argumentación en la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en noviembre de 2001 y en septiembre de 2002, no creemos exagerado afirmar que la reparación del daño moral contractual es un principio afirmado ya en la jurisprudencia de la alta corporación”⁷³.

La inclusión de la compensación del daño moral en sede contractual “como principio general del moderno sistema de responsabilidad civil”⁷⁴ y como una expresión concreta del principio de reparación integral del daño, ha dado pie a nuevos desafíos que deben ser asumidos por la doctrina y la jurisprudencia nacional, estos estriban en la configuración de las limitaciones para efectos del otorgamiento de aquella compensación, ya que no existe al día de hoy una jurisprudencia uniforme que establezca los requisitos que deben ser cumplidos por dicha especie de daño a fin que sea compensado, “toda vez que los sentenciadores se han limitado a manifestar su parecer en términos generales sobre la procedencia de esta categoría de daños, empero han omitido analizar la gravedad de los mismos y observar si son de aquellos que entran en la categoría de previstos o previsibles a la data de la celebración del contrato, (...) y con ello evitar los excesos que pudieran verificarse en el entendido que no todos los perjuicios de la naturaleza antes dicha corresponde sean resarcidos”⁷⁵, para esta labor se requiere una especificación profunda del contenido de los diversos tipos de contratos y erigir alrededor de los mismos criterios específicos que demarquen la intensidad del daño producido para efectos de su compensación, también se debe establecer de manera uniforme, ciertas reglas de valoración, las que reconociendo la diversidad de cada contrato logren implantar apreciaciones comunes respecto del ámbito de previsibilidad de cada uno de los diferentes vínculos contractuales.

⁷² CARDENAS, HUGO. “Daño Moral por Incumplimiento de Contrato: Un Réquiem por la Uniformidad Jurisprudencial: (Comentario a Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de diciembre de 2005).” *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, 2006, vol.33. n.3. pág. 590.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 591.

⁷⁵ RUTHERFORD, ROMY. “La Reparación del Daño Moral Derivado del Incumplimiento Contractual, Tendencia en la Reciente Jurisprudencia Nacional y Española” *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile. 2013. vol. 40. Nº2. pág. 682.

Ciertamente la resarcibilidad del daño moral ha implicado revisiones profundas de categorías asentadas en el marco del Derecho privado, muestras de esto son; la horadación de la dualidad entre la responsabilidad extracontractual y contractual que la compensación del daño moral como expresión del principio de reparación integral del daño implica. Como también la aplicación directa de los derechos fundamentales al interior del contenido contractual, en cuanto, el resarcimiento del daño moral es una expresión inmediata de la lesión de un derecho de la personalidad. Este registro interpretativo expansivo de los derechos constitucionales, se podría considerar al interior de los cánones más clásicos del Derecho privado como una intromisión exorbitante a la esfera de la autonomía privada de las partes, cuyo resultante derivaría en una desnaturalización del vínculo contractual. Si bien no compartimos estas posiciones, todavía creemos que la autonomía de la voluntad cumple un rol relevante en materia contractual, y que aquella no puede ser reemplazada en su racionalidad, por el contrario, estimamos que debe ser enriquecida a través de la regulación constitucional y del establecimiento de estándares finos de apreciación por parte de la actividad jurisprudencial.

En materia laboral, nuestra jurisprudencia ha iniciado una decidida inclusión de la compensación del daño moral con ocasión del término de la relación de trabajo. Este proceso que se encuentra hoy en día en pleno desarrollo no ha estado exento de dificultades, ya que aún no es claro el perfil normativo mediante el cual la compensación del mismo está siendo otorgada por nuestros tribunales, se suman a los problemas abiertos en el ámbito del Derecho privado —intensidad del daño moral y ámbito de previsibilidad— los desafíos que impone el propio Derecho del Trabajo, en el sentido que este sector del ordenamiento jurídico cuenta con un fragmentado sistema de indemnizaciones tarifadas que operan al término de la relación laboral, que ostenta además una serie de sanciones —igualmente tarifadas— para el caso en que el empleador invoque un «despido injustificado», o un «despido abusivo.»⁷⁶ . Asimismo, y conforme lo ya expuesto, el Derecho del Trabajo se

⁷⁶ GAMONAL, SERGIO. En “El Daño Moral en el Contrato de Trabajo”, Legal Publishing, 3ª Edición, 2011, pág. 96. Define el **despido injustificado** como aquel en el cual se esgrime “*injustificadamente una causal configurándose un despido injustificado al no existir causal de término*” y al **despido abusivo** en la pág. 98 como aquel en el cual el empresario: “*actuando de mala fe intenta aplicar una causal de despido que no corresponde, o no invoca causal alguna o justificada*”. Si bien la doctrina laboralista distingue entre el despido abusivo, que es básicamente aquel efectuado de mala fe, o de modo antifuncional, y el despido arbitrario que es aquel practicado sin fundamentar de modo alguno la desvinculación del trabajador. En este trabajo de investigación se optará por un uso sistemático y conjunto.

ha transformado en uno de los principales vectores para la introducción de regulación de rango constitucional al interior de los vínculos contractuales entre privados, todos estos factores conjugados oscurecen la adecuada conceptualización del daño moral y el marco de su procedencia.

En este cuadro, y bajo argumentos muy difusos, la jurisprudencia nacional introduce por ahora la compensación del daño moral en base a un daño que se genera en virtud de un ilícito civil. Existen hoy en día, una variada serie de sentencias dictadas por nuestros tribunales superiores que se inclinan por esta opción, como por ejemplo: “*Suazo Alvarez con Codelco*”⁷⁷; “*Muñoz Jara con Municipalidad de La Ligua*”⁷⁸; “*Lopez Bailesan con Municipalidad de Los Andes*”⁷⁹; “*Espinoza con Codelco*”⁸⁰

Como veremos más adelante, esta solución –daño moral como producto de un ilícito extracontractual–, es problemática, ya que desdibuja la naturaleza del daño moral y difumina sus contornos, también distorsiona el avance jurisprudencial producido en materia contractual dentro del marco del Derecho privado, en cuanto disloca elementos totalmente asentados en su interior, como por ejemplo, el rol del dolo como agravante de responsabilidad, la previsibilidad como marco delimitador del juicio de negligencia, o la función de la culpa y el dolo como factores de atribución, mostrativo de lo expresado, es la sentencia del 4 de abril de 2011 dictada por la Excma. C.S. que acoge el recurso de casación en la forma de la demandante y procede a dictar sentencia de reemplazo, acogiendo la compensación por daño moral otorgada por los tribunales del grado. Está en su considerando 11º indica respecto del abuso del derecho y la culpa en la terminación del contrato lo siguiente:

“La decisión de despedir al demandante fue adoptada en exceso a las atribuciones que la ley asigna al empleador en esta materia.

Tal conducta, por lo mismo, excede el campo contractual y desencadena, como conducta ilícita, en la órbita de la responsabilidad extracontractual, puesto que no se circunscribe meramente en un término ordinario de una relación laboral, al atribuirse un actuar de agitación laboral que podría

⁷⁷ Excma. C.S, 4 de abril de 2011. ROL: 7270-2009 [MICROJURIS MJJ26575]

⁷⁸ Excma. C.S, 7 de octubre de 2014. ROL: 2746-2014 [MICROJURIS MJJ39214]

⁷⁹ Excma. C.S, 23 de octubre de 2012. ROL: 8871-2009 [MICROJURIS MJJ35509]

⁸⁰ Ilma. C.A. Antofagasta, 4 de enero de 2017. ROL 247-2016 [MICROJURIS MJJ48023]

*estigmatizar al trabajador, e incluso, podría derivar en la imputación de ilícitos penales por la autoridad (...) es constitutivo de responsabilidad extracontractual en la que se ha procedido con culpa, por cuanto no obró con la mínima y debida diligencia*⁸¹.

Conforme lo indicado por el fallo, pareciera ser que a medida que el empleador no cumple diligentemente con sus obligaciones contractuales al momento de desvincular a un trabajador de manera inmediata incurre en responsabilidad extracontractual. En este mismo sentido, la sentencia anulatoria dictada el 23 de octubre del 2012 por la Excma. C.S., en causa rol 8871-2009, en su considerando séptimo indica:

*“Que se hace necesario señalar desde ya que el criterio de atribución de responsabilidad no debe buscarse en el contractual laboral y sin lugar a dudas constituye un error de derecho el razonamiento elaborado por el tribunal sentenciador de primer grado en tal sentido (...) la pretensión indemnizatoria de un ex trabajador que acciona contra su anterior empleador en pos de obtener reparación por daños que exceden de los cubiertos por las compensaciones especiales previstas en el ordenamiento laboral tiene fundamento en una atribución de responsabilidad que va más allá del hecho de haber puesto término al contrato de trabajo, toda vez que los perjuicios alegados responden a un rubro indemnizatorio, daño moral, que admite extender sus contornos hacia aspectos que no habrán de resultar debidamente compensados con las indemnizaciones previstas por el legislador especial*⁸².

Una argumentación interesante y parcialmente distinta es la sostenida por la Ilma. C.A de Valparaíso en sentencia dictada el 15 de septiembre de 2010 en la cual acoge el recurso de apelación impetrado por el demandante en contra de la sentencia definitiva de primera instancia, acogiendo al efecto, la compensación del daño moral producido por un accidente del trabajo. El fallo de la referencia, en su décimo primer considerando indica:

⁸¹ Excma. C.S. 4 de abril de 2011. ROL: 7270-2009 [MICROJURIS MJJ26575]

⁸² Excma. C.S. 23 de octubre de 2012. ROL: 8871-2009 [MICROJURIS MJJ35509]

“Que de lo precedentemente razonado se desprende que, como consecuencia directa del accidente laboral sufrido por el actor, causado por el incumplimiento culpable de sus obligaciones en que incurrió la demandada principal, según se ha establecido en los fundamentos pertinentes de esta sentencia, el actor sufrió un daño o detrimento en sus derechos e intereses extrapatrimoniales de gozar de integridad y normalidad física y psíquica, de tener el mismo estado de salud que poseía antes del accidente, y a gozar de una vida conyugal y familiar normales, produciéndole la lesión de esos derechos e intereses amparados por el derecho, profundo dolor físico y anímico, tristeza, depresión, sufrimiento, pérdida de su iniciativa vital, todo lo cual constituye un perjuicio configurativo de daño moral que debe indemnizar la demandada principal a título de daño emergente”⁸³.

Si bien el fallo no trata del término de una relación laboral, sino que se enmarca en la obligación de seguridad que tiene el empleador respecto del trabajador establecida en la Ley N° 16.744 sobre accidentes del trabajo, se puede establecer la analogía respecto de las obligaciones que debe cumplir el empleador a fin de desvincular a un trabajador, en cuanto, en este caso específico —obligación de seguridad— no hay problema en incorporar abiertamente la negligencia como un criterio de atribución al interior del estatuto de responsabilidad contractual y circunscribirlo dentro de sus márgenes a través del rol expansivo consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, al efecto el fallo consigna de modo expreso en su considerando séptimo:

“Las obligaciones y responsabilidades que establece dicho precepto legal, forman parte integrante del contrato de trabajo existente entre el actor y la demandada principal, en virtud de los dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil, por lo que recaía en la parte obligada a cumplirlas, en este caso, la empleadora, demandada principal, acreditar que empleó la debida diligencia y que, a pesar de ellos, tal cumplimiento no se produjo, según dispone el inciso tercero del artículo 1547 del código recién citado.”⁸⁴

⁸³ Ilma. C.A. Valparaíso. 15 de septiembre de 2010. ROL 227-2010 [MICROJURIS MJJ48023]

⁸⁴ *Ibíd.*

De modo preliminar, consideramos que los argumentos esgrimidos por la Ilma. C.A de Valparaíso son perfectamente aplicables en el caso de la terminación culpable o dolosa del vínculo laboral por parte del empleador, no hay razón alguna para desestimar en un caso la función expansiva de la buena fe y en el otro aplicarla. Es del caso señalar que este criterio de corte contractual ha sido totalmente desechado de parte de la de Excma. CS, ejemplo de ello, es la sentencia anulatoria rol 8871-2009, la que en su primer considerando señala:

“El tribunal sentenciador estimó erróneamente que el estatuto aplicable era el de responsabilidad contractual, en circunstancias que es el extracontractual (...) los hechos generadores del daño se alejan del contexto relativo a las obligaciones que forman parte del contrato, pues devienen de una infracción del deber general de no dañar a otro”⁸⁵.

Estimamos que todos estos ejemplos jurisprudenciales, dan cuenta de la introducción en sede extracontractual de la compensación del daño moral con ocasión del término del contrato de trabajo, creemos también, que los presupuestos de estos fallos y la forma de aplicación en aquellos de las categorías más clásicas del Derecho privado son cuestionables y debatibles, si bien era evidente y necesaria, la compensación de dicho daño en sede laboral, teniendo en cuenta, la aptitud que presenta esta área del Derecho para la compensación del daño moral, en cuanto el mismo se erige como uno de los principales vectores que introduce los derechos básicos de la personalidad en el centro de la relación contractual.

Consideramos que la Excma. CS, ha hecho caso omiso de estas especiales características que vienen apuntaladas por el mismo desarrollo del Derecho Laboral, como también por la fértil y abundante discusión en Derecho comparado, y ha optado por la limitación radical del contenido obligacional del contrato de trabajo, a fin de introducir la resarcibilidad del daño moral por la vía del derecho común. El problema, es que lo ha hecho a un nivel tal, que este vínculo contractual ha quedado reducido sólo a su cumplimiento ordinario. Es más, en base a esta solución interpretativa no existe al interior del contenido obligacional del contrato de trabajo reglas que regulen el uso negligente; o doloso, por parte del empleador de las prerrogativas que ostenta para efectos de despedir a un trabajador.

⁸⁵ Excma. C.S. 23 de octubre de 2012. ROL: 8871-2009 [MICROJURIS MJJ35509]

El resultante, es un contrato de trabajo totalmente diseccionado en su contenido. La que fuera su característica diferenciadora respecto de los demás contratos del tráfico civil, consistente en la regulación de una situación de vida de un contratante materialmente más débil que su contraparte, termina bajo esta interpretación produciendo una menor esfera regulatoria que un contrato civil ordinario, ya que para la Excma. C.S. todo daño que se produzca en virtud de culpa o dolo será necesariamente extracontractual. Se terminará bajo el influjo de este derrotero; obviando la existencia del vínculo contractual laboral y de su eventual extensión normativa. Una interpretación de estas características, incluso obsta a la jurisprudencia laboral, a erigir siquiera, alguna hipótesis de concurso de responsabilidades, en donde ambos estatutos —contractual y extracontractual— se superpongan. Cuestión que podría significar el inicio de un tímido reconocimiento al vínculo laboral y su carácter complejo.

Creemos que nuestra jurisprudencia al introducir el daño moral en la relación laboral mediante el estatuto extracontractual, ha eludido el debate profundo sobre la forma en la cual es introyectado el contenido constitucional al interior del contrato de trabajo, ha eludido también el problema de los contornos de este vínculo contractual, y con ello ha retrasado el avance y el desarrollo del propio Derecho del Trabajo, de paso ha abierto graves problemas procesales que amenazan el criterio dirimente al cual ha arribado, como por ejemplo, el de la propia la competencia de los tribunales laborales para efectos de conocer sobre el daño moral, ya que si el daño es extracontractual, por derivarse de un “cuasidelito o aún, de un delito civil, la reparación debe ser solicitada en esta sede, ya que solo los tribunales del fuero común tienen competencia para solucionar estas controversias. En este sentido, no es posible que los Juzgados de Letras del Trabajo representen dicho papel, puesto que carecen de la investidura necesaria para otorgar indemnizaciones por daños morales bajo las reglas de la responsabilidad aquiliana. Ellos, únicamente, son competentes para conocer de la solicitud de resarcimiento derivado del contrato de trabajo”⁸⁶.

Argumentos que también son formulables en la compensación del daño moral en materia de accidentes del trabajo —lo que habla de su universalidad, y no de su limitación— porque “la elección apropiada de la acción que se va a ejercer para obtener la reparación del daño causado en un accidente laboral es, en consecuencia, muy importante, ya que los dos estatutos de responsabilidad presentan diferencias notables (...) en cuanto a la legitimación, a

⁸⁶ BAHAMONDES, CLAUDIA. op cit, pág. 264.

la prueba de la culpa, a la responsabilidad por el hecho ajeno, a la prescripción, a la extensión de los daños indemnizables, etcétera.”⁸⁷ De este modo, es posible sostener que “todas las acciones que corresponden al régimen de la responsabilidad extracontractual deben ser interpuestas conforme al derecho común al que se refiere el art. 69 de la Ley Nº 16.744, es decir, ante los jueces de letras ordinarios con jurisdicción civil y se tramitarán conforme a las reglas de juicio ordinario. La diferencia no es sólo de competencia y de procedimientos sino, también, de medios de prueba admisibles, de reglas de apreciación de la prueba, de facultades del juez y de recursos”⁸⁸.

La Excma. C.S. ha hecho caso de estas objeciones y ha fundamentado la competencia extracontractual del daño moral en los tribunales ordinarios, bajo el criterio que “la intención del legislador de insertar en la esfera de la competencia de los tribunales del trabajo el conocimiento y fallo sobre cuestiones relativas a “cualquier otra responsabilidad del empleador”, evidenciando con ello que los aspectos indemnizatorios contemplados en dicha normativa especial no son sino el estándar básico de protección que la ley guarda para los trabajadores que justifiquen encontrarse en las hipótesis que las ordenan .Al mismo tiempo, al no haber quedado aprobada la modificación legal a la norma en comentario, no queda sino concluir que respecto de cualquier otra indemnización que el trabajador pretenda por sobre aquellas que tiene aseguradas en la ley laboral habrá de acudir a la justicia ordinaria, justificando eso sí los presupuestos que hacen posible su acogimiento”⁸⁹.

Este tipo de formulación, nos parece blanda, ya que antes que basarse en normas de competencia estrictas y en atender el carácter complejo del contrato de trabajo, reinterpretándolo, para así radicar sin lugar a dudas la competencia de la judicatura laboral, y otorgarle a la relación laboral un renovado desarrollo doctrinario y jurisprudencial, termina basando un elemento tan fundamental para el proceso; como lo es la competencia de un tribunal especial, en un tribunal ordinario que conoce a través de otros filtros y criterios la delicada y especial relación laboral.

⁸⁷ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Concurrencia de Acciones de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en los Daños Causados por los Accidentes del Trabajo”. Revista Chilena de Derecho Privado. Fundación Fernando Fueyo Laneri. Universidad Diego Portales. Nº 14. 2010. pág. 72.

⁸⁸ *Ibíd.* pág. 73.

⁸⁹ Excma. C.S. 23 de octubre de 2012. ROL: 8871-2009 [MICROJURIS MJJ35509]

Todo este cúmulo de argumentaciones complejas, y en cierta medida, contradictorias, dan cuenta de una solución que estimamos desequilibrada, que ha terminado por desbalancear elementos fundamentales del Derecho privado y del Derecho público.

II.11 El Daño Moral como Daño Extraordinario: la Función Penal que la Jurisprudencia Laboral le ha Otorgado

La jurisprudencia laboral aparte de categorizar la compensación del daño moral por despido injustificado o abusivo como un elemento exógeno a la relación contractual, también lo ha catalogado como un daño de carácter extraordinario, en el sentido que no ha sido previsto por el legislador laboral. Así el fallo dictado por la Excma. C.S. el 4 de abril de 2011 rol 7270-2009 citando a su homóloga en Argentina agrega que:

“Ello es así, porque cuando el legislador fijó la regla general de indemnización como compensatoria tarifada por la pérdida del empleado, no contempló el caso excepcional del daño moral que hubiera podido inferirse”⁹⁰.

También se ha pronunciado el 23 de octubre de 2012 indicando que:

“Si bien las indemnizaciones derivadas de un despido injustificado por parte del empleador están, en principio, limitadas por la reglamentación del Código del Trabajo fija al respecto, ello no excluye que en caso especiales y si se prueban perjuicios extraordinarios, como lo sería el daño moral experimentado por el trabajador indebidamente despedido”⁹¹.

En el mismo sentido el 7 de octubre de 2014:

“Las indemnizaciones que la ley establece como consecuencia del término irregular de un contrato de trabajo, con de carácter universal, sin que corresponda demandárseles la satisfacción de esa veta íntima del

⁹⁰ Excma. C.S, 4 de abril de 2011. ROL: 7270-2009 [MICROJURIS MJJ26575]

⁹¹ Excma. C.S. 23 de octubre de 2012. ROL: 8871-2009 [MICROJURIS MJJ335509]

*patrimonio espiritual, como lo son la honra y la integridad, donde se anidan inéditas expresiones de privación y dolor, incompatibles de antemano con cualquier previsión de antemano reguladora*⁹².

Al inscribir al daño moral como un perjuicio extraordinario⁹³ derivado de un despido doloso o culposo, nuestra jurisprudencia ha vinculado al mismo en la esfera de la responsabilidad extracontractual. El modo a través del cual ha efectuado aquella operación, consiste en la subsunción del ámbito de la previsibilidad del daño al criterio objetivo regulatorio del legislador laboral. A la luz de este vector interpretativo, se puede inferir que se ha obviado la intencionalidad de las partes que suscriben el contrato de trabajo y el eventual ámbito de representación anticipada —juicio de previsibilidad— que aquellas puedan efectuar respecto de los daños que pueden suscitarse con ocasión del término culposo o doloso de la relación laboral. En consecuencia, cualquier hecho dañoso que no se encuentre expresamente «previsto» por el legislador deviene en un daño extraordinario, lo paradójico, es que en este registro el legislador sí ha regulado el dolo y la negligencia del empleador en el ejercicio de sus prerrogativas para poner término a una determinada relación laboral al crear una normativa que incluso impone sanciones especiales a la «mala fe».

Creemos que las causales de despido y sus correspondientes indemnizaciones tarifadas, en conjunto con sus respectivas sanciones, representan una alusión clara y directa a un contenido obligacional que es parte inherente del contrato de trabajo, el daño moral derivado de su incumplimiento no es ajeno al legislador especial y menos a la racionalidad del Derecho Laboral. Es del caso señalar, que estas causales no operan como una normativa pública que regula de manera exterior el contenido contractual, por el contrario, aquellas son verdaderas cláusulas contractuales que en algunos casos, artículos 160, 161, 163 bis, 168, y 294 del Código del Trabajo⁹⁴, buscan establecer determinadas conductas que deben ser cumplidas por parte del empleador para efectos de desvincular a un trabajador, es decir, ellas son parte plena del conjunto de obligaciones que contiene el vínculo contractual laboral en razón del artículo 1546 del Código Civil, el que con su fuerza expansiva incluye al interior de la ley del contrato la legislación vigente al momento de su suscripción.

⁹² Excma. C.S. 7 de octubre de 2014. ROL: 2746-2014 [MICROJURIS MJJ39214]

⁹³ La Excma. C.S. lo entiende como un daño no previsto por el legislador, pero no queda clara su relación con el ámbito de la previsibilidad de cada contrato ya que dicha arista no ha sido abordada.

⁹⁴ Toda esta normativa comprende las causales mediante las cuales se puede ejercer el despido de un trabajador por parte de su empleador.

Así creemos, que del hecho que existan normas de Derecho público al interior de un vínculo contractual entre dos agentes privados, no se deriva necesariamente en que el incumplimiento negligente a las cuales ellas se refieren sea de carácter extracontractual, de hecho, no hay razón alguna para realizar aquella imputación de modo anticipado, por el contrario, son elementos —regulación pública y estatuto de responsabilidad— que pueden discurrir por perfiles separados o superponerse dependiendo del tipo de contrato que se haya suscrito, escrutar aquella distinción, como veremos más adelante, es una actividad eminentemente jurisprudencial. La pregunta sobre el daño moral exhortará al juez entonces a responder “pertenece ese daño preciso al ámbito de riesgo del contrato; o lo que es lo mismo, ¿pudieron las partes, al tiempo del contrato, prever razonablemente que del incumplimiento se derivarían para el acreedor los perjuicios morales que ahora demanda?”⁹⁵

Considerando las sentencias citadas, y obviando el argumento que la necesaria regulación pública no implica necesariamente responsabilidad extracontractual y, ya bajo los vectores interpretativos que ha confeccionado la Excma. C.S. Aún no se logra dilucidar en qué sentido el legislador no ha previsto el incumplimiento doloso por parte del empleador al momento de hacer uso de sus facultades para poner fin a la relación laboral, en cuanto, el mismo ha creado toda una normativa específica para regular la forma en que los sujetos ponen término a las relaciones contractuales laborales trabajo que los unen, normativa que cuenta además para estos efectos, con múltiples sanciones al uso doloso o abusivo de las facultades que le otorga al empleador⁹⁶.

Cuando la Excma. C.S. se refiere a la veta íntima «imprevisible» por cualquier legislador, confunde la estructura del daño moral con el ámbito del riesgo regulado contractualmente, al fundamentar indistintamente, y sobre la base de dos perfiles diferentes, el carácter «extraordinario» de aquel daño, de este modo, debemos distinguir dos elementos. En primer lugar, la estructuración del daño moral como un daño «inconmensurable», en el sentido que “*no existe mercado* para la vida, la salud o el honor”⁹⁷. Y en segundo lugar, la «imprevisibilidad» de aquel daño para efectos de su compensación, al respecto, cabe consignar, que el establecimiento de ciertas apreciaciones que permitan la introducción

⁹⁵ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op cit, pág. 337.

⁹⁶ Recargos indemnizatorios establecidos en el artículo 168 del Código del Trabajo en caso de despido injustificado o abusivo.

⁹⁷ BARROS BOURIE, ENRIQUE, op. cit. pág. 288.

estable y armónica de la compensación del daño moral, por ejemplo, en el Derecho comparado, en el caso del “*common law* los denominados contratos personales, que atienden a intereses de naturaleza no patrimonial (contratos médicos, de transporte de personas, de vacaciones, funerarios) dan lugar a la reparación de daños no pecuniarios; cuestión que no ocurre en los contratos comerciales, en que predominan los intereses pecuniarios (como un contrato de compraventa o de promesa)”⁹⁸, se hace evidente que el ámbito de la previsibilidad va de la mano de los diferentes tipos contractuales y de la libre configuración privada de los mismos, antes que de las regulaciones que pueda establecer el legislador de modo anticipado.

Toda esta argumentación jurisprudencial ha terminado por conferir de una manera directa al daño moral, una especie función penal, que en principio, es ajena a su naturaleza. Creemos que esta distorsión se produce mediante una serie de pasos:

- 1.) Delinear a los perjuicios morales como elementos exorbitantes al ámbito contractual.
- 2.) En base a lo anterior erigir el daño moral como la resultante de una estricta noción de dolo directo⁹⁹, en cuanto el dolo es apreciado de un modo excluyente en un ánimo interno persecutorio del empleador; y no, estatuir “el paso del dolo como de la intención a la representación racional y aceptación del resultado dañino, lo cual aparece más ajustado a la realidad y amplía su campo de aplicación al objetivizar los elementos en que se descompone”¹⁰⁰ se aleja así este criterio de atribución, de todo contenido contractual —y del respectivo juicio de previsibilidad previo— para terminar convertido por el marco interpretativo de la Excma. C.S en una situación imprevisible excluida por el legislador especial.
- 3.) Finalmente, la conjunción de todos estos elementos inscribe reparación/compensación al daño moral en una especie de sanción penal al dolo, ya que lo configura en una relación de dependencia absoluta con aquél, en el sentido que al producirse el término de una relación laboral de un modo

⁹⁸ JANA Y TAPIA 2004 N° 10. citados en BARROS BOURIE, ENRIQUE, op cit, pág. 339.

⁹⁹ Dolo entendido según el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil como: “*la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad del otro.*”

¹⁰⁰ FIGUEROA, GONZALO. “Curso de Derecho Civil. Tomo IV” Editorial Jurídica de Chile, 1° Edición. 2012. pág. 97.

doloso, aparece un perjuicio de carácter extraordinario en la esfera extrapatrimonial de la víctima casi de una manera automática y subordinada.

Todo esto da cuenta de una interpretación del daño moral que pierde un enfoque estrictamente correctivo para ser circunscrita al interior de un registro sancionatorio, en este campo corresponde efectuar una serie de apreciaciones previas. Primero, “es necesario precisar que ante despidos abusivos, especialmente injustificados y particularmente graves, la necesidad de indemnizar los daños no se limita a los de naturaleza moral sino también a los daños patrimoniales efectivamente causados”¹⁰¹. Segundo, que el daño moral a fin que sea compensado, debe efectivamente, ser extraordinario, pero aquel carácter no deviene de su imprevisibilidad para el legislador, sino que de su «intensidad», en el sentido que, para “mantener bajo control este riesgo depende fundamentalmente del umbral que la jurisprudencia fije para que el daño sea tenido por *significativo*”¹⁰², ya que no cualquier perturbación corriente propia de la interacción en la vida social va producir perjuicios morales, la significancia del daño moral también radicará en la naturaleza del vínculo contractual suscrito, si es que esta obedece a una esfera patrimonial; o si, cautela como ámbito de riesgo una esfera de relaciones personales, relaciones que en última instancia se referencian en algún derecho fundamental, este es el primer estadio de la materia que la jurisprudencia debería comenzar a despejar, creemos que de alguna manera, la judicatura ha eludido sentar precedentes en este aspecto.

Respecto de los sistemas de responsabilidad, es posible constatar que, “empieza a difuminarse últimamente al discutirse, desde la óptica civilista, si el Derecho privado y, especialmente, el Derecho de daños, no posee también una función preventiva, de tal forma que el principio de prevención se integraría en el de compensación”¹⁰³. De esta manera el ordenamiento debe velar “que resulte *menos rentable* vulnerar un derecho fundamental que cumplir la ley por las consecuencias económicas que ello puede generar”¹⁰⁴, “la indemnización, en todo caso cumpliría una finalidad resarcitoria/compensadora y atendería tres objetivos: procurar la satisfacción del perjudicado, actuar como medida disuasoria y preventiva de ulteriores comportamientos dañosos por parte del infractor y ejemplarizar para

¹⁰¹ GAMONAL, SERGIO. “El Daño Moral en el Contrato de Trabajo”, Legal Publishing, 3ª Edición. 2011. pág. 132.

¹⁰² BARROS BOURIE, ENRIQUE. op. cit. pág. 311

¹⁰³ ALAMEDA, MARÍA TERESA. op. cit. pág. 42.

¹⁰⁴ *Ibid.* pág. 47.

la sociedad que es testigo de las consecuencias de un actuar ilícito”¹⁰⁵, y es que de alguna manera, las sanciones al dolo tienden a perfilar el análisis al interior del registro de la justicia retributiva a los sistemas de responsabilidad, al establecer desincentivos a conductas dañosas, tienen estas sanciones un rol preventivo, pero aquella cualidad no debe implicar la desfiguración de los finos elementos que componen un determinado régimen de responsabilidad.

“En definitiva, una cosa es que lo punitivo sea preventivo/disuasorio —que siempre lo será— y, otra, que todo lo disuasorio/preventivo sea punitivo”¹⁰⁶. Creemos que los criterios interpretativos de la Excma. CS han terminado por establecer conexiones entre tipos de daños —patrimonial y extrapatrimonial— y criterios de atribución —culpa o dolo— que en estricto rigor no dependen entre sí, sino que dependen del ámbito del riesgo delimitado por el contrato y de incumplimiento de las obligaciones que impone dicha distribución de riesgos, es más, es bajo la égida de la responsabilidad contractual que es posible considerar que el dolo tiene un rol punitivo al alero de lo dispuesto en el artículo 1558 del Código Civil el cual establece una función de agravante de responsabilidad y extiende así, el juicio de reprochabilidad al área de los perjuicios «imprevistos». En materia extracontractual el dolo y la culpa cumplen la función de ser los supuestos de hecho del ilícito civil, el enfoque de la reparación en esta sede de responsabilidad está exclusivamente centrado en la extensión del daño, no obstante lo anterior, hay sectores de la doctrina que propugnan una interpretación que busca establecer como derecho común la función agravante del dolo, cuestión “que si bien choca con la función resarcitoria que la doctrina civilista nacional generalmente concede a la responsabilidad civil, es un corolario de la naturaleza e importancia del dolo”¹⁰⁷.

Creemos que es necesario avanzar en una adecuada conceptualización del dolo y su eventual rol disuasivo. Creemos también, que la esfera contractual que regula típicamente un contrato de trabajo es un área ideal para ir desentrañando dicho desafío, pero nuestra judicatura, al no buscar en una ampliación del vínculo causal el carácter sancionatorio del dolo, sino que centrarlo en función del tipo de daño: ha impedido dar curso a este tipo de desarrollo.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.* pág. 48.

¹⁰⁷ BANFI, CRISTIÁN. “Por una Reparación Integral del Daño Extracontractual Limitada a los Hechos Dolosos o Gravemente Negligentes” *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 18, N° 2. 2012. pág. 32.

Hoy en día introducir perfiles disuasorios, es perfectamente posible, bajo la operación de enmarcar al interior de las obligaciones contractuales la forma de terminación del contrato de trabajo, la sede contractual es perfectamente apta para dicha incorporación, pero la introducción exorbitante del daño moral como un perjuicio «imprevisto» para dar pie a una especie de principio de reparación integral del daño por parte de la Excma. C.S es un elemento que dificulta la adecuada comprensión del fenómeno. De este modo es formulable que la fisonomía del establecimiento del daño moral con ocasión del término del contrato de trabajo, corresponde una distorsionada función penal de aquel tipo de perjuicio.

CAPÍTULO III

UN DAÑO MORAL AUTÓNOMO DEL DOLO Y DEL ILÍCITO CIVIL

III.I *La Previsibilidad: Marco Delimitador del Juicio de Negligencia.*

“El daño moral derivado del contrato es, en el presente, un principio básico de la responsabilidad civil, plenamente admitido por nuestra jurisprudencia, recogido en varios textos legales y defendido por toda la doctrina especializada”¹⁰⁸, no obstante su plena aceptación, la fisonomía de su introducción aún se encuentra en pleno desarrollo, de tal forma lo hemos constatado en materia laboral a propósito de la terminación del contrato de trabajo. A fin de bosquejar los primeros trazos de su morfología, proponemos como marco de delimitación primario al ámbito del riesgo «regulado y distribuido» mediante el contrato. De este modo “debe entenderse dentro de la previsión de las partes y, por lo tanto, dentro de los riesgos asumidos por el deudor, cuando el contrato revela por sí mismo su conexión evidente con bienes de la personalidad o, en general, con intereses no patrimoniales del acreedor”¹⁰⁹.

A este criterio —que es compartido a grandes rasgos por el *Common Law*—, se puede arribar en el Derecho nacional mediante dos vías. Por la vía legal a través de la

¹⁰⁸ DOMÍNGUEZ, CARMEN. op. cit, pág 243.

¹⁰⁹ *Ibíd.* pág. 240

función interpretativa del principio de buena fe “con nuestro artículo 1546 CC, equivalente al art. 1268 del CC español o art. 1135 CC francés entre otros, en conformidad al cual “los contratos obligan a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación”¹¹⁰. Y también, por la vía del artículo 6° de nuestra Constitución que establece el principio de «vinculación orgánica» de la misma, mediante el cual puede operar la introducción directa de los derechos fundamentales al interior del contrato de trabajo, recomponiéndolo constitucionalmente, de este modo se delimita normativamente la obligación de representación previa por parte de los contratantes y se entrega una pauta para el juez para efectos de desentrañar el contenido obligacional del vínculo contractual, en cuanto, “la previsión es finalmente una cuestión netamente jurisprudencial que debe determinarse para cada caso concreto”¹¹¹.

“De esta manera los límites de la reparación del daño moral por incumplimiento del contrato están dados por la especialidad de la institución del contrato”¹¹², en algunos casos la jurisprudencia ha estimado que los contratos en sí mismos conllevan de modo implícito una obligación de seguridad, involucrando de esta manera una esfera subordinada de eventuales perjuicios morales, ejemplos destacados de este desarrollo ha sido el de los contratos de transporte, en el mismo sentido “la jurisprudencia ha reconocido obligaciones de seguridad en los contratos de prestaciones médicas”¹¹³.

“Luego el reconocimiento de indemnización por daño moral que se sigue del incumplimiento de contrato se ha expandido más allá de los contratos que imponen típicamente obligaciones de seguridad (entendidas en sentido estricto, como cautelares de la vida y la integridad física). Ello ha ocurrido especialmente en el caso de incumplimiento de obligaciones que producen efectos en la honra, como ocurre con el descrédito que se sigue de protestos erróneos o de un despido que injustificadamente invoca una causal infamante”¹¹⁴.

La previsibilidad enmarcada en estos vectores, deviene en un elemento esencial de la responsabilidad, ya que permite delimitar los contornos del juicio de negligencia, en cuanto

¹¹⁰ Ibíd.

¹¹¹ Ibíd. pág. 243.

¹¹² BARROS BOURIE, ENRIQUE. op. cit. pág. 336.

¹¹³ Ibíd. pág. 341.

¹¹⁴ Ibíd.

aborda aquel juicio desde dos enfoques distintos. Por un lado, desde el ámbito del vínculo causal, respecto de aquel tipo de actividad delineada como elemento estrictamente fáctico, o «naturalístico», el que ha sido denominado como “condición necesaria de la responsabilidad”¹¹⁵. El ejercicio de previsión en dicho caso pasa a ser “un indicio fuerte de que el daño debe ser tenido por directo”¹¹⁶.

Bajo este registro demarcatorio de orden fáctico, podemos “saber si la causa del hecho está en la órbita del riesgo creado por ese actuar dañoso”¹¹⁷, en tanto “la previsibilidad es un criterio jurídico que, aplicado particularmente a la causalidad adecuada, ayuda a atemperar los efectos de la *condictio sine qua non*, de manera de imputar al autor de los daños que son no sólo consecuencia necesaria sino también directa de su hecho”¹¹⁸, de hecho, “la causa adecuada no es un criterio que defina positivamente cuáles consecuencias deben ser consideradas como daños atribuibles al hecho culpable, sino que establece las condiciones negativas para excluir la responsabilidad cuando los acontecimientos se desencadenan en un curso causa anormal o extraordinario, ajeno al impuesto por el hecho negligente”¹¹⁹.

Cabe consignar que hoy en día en la doctrina, es consenso conceptualizar al vínculo causal, no sólo como un elemento fáctico, en el sentido que aquella esfera “no puede ser analizada desde una perspectiva ni meramente naturalística ni meramente normativa”¹²⁰, porque su registro se inscribe en el centro de ambos enfoques. El ejercicio de previsibilidad será en este caso el segundo ejercicio normativo sobre el vínculo causal naturalístico, después que haya operado sobre aquel el criterio de adecuación de la actividad fáctica al daño producido, deviene entonces la previsibilidad, en un requisito de la imputación objetiva del daño.

Por otro lado, “la previsibilidad es inherente a la culpa. Ésta consiste en no prever lo que una persona razonable habría podido prever”¹²¹. “Como un elemento de la culpa pues se

¹¹⁵ Ibíd. pág. 420.

¹¹⁶ Ibíd. pág. 398.

¹¹⁷ DOMÍNGUEZ, RAMÓN, citado en BANFI, CRISTIÁN. op. cit. pág. 18.

¹¹⁸ Ibíd. pág. 17.

¹¹⁹ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op. cit. pág.396.

¹²⁰ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual”. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. 2004. pág. 191.

¹²¹ BANFI, CRISTIÁN. op. cit. pág. 16.

sostiene que la diligencia supone un actuar que intenta evitar un daño previsible”¹²². Encuadrada en este vector, la previsibilidad establece un criterio abstracto que delimita la esfera que es controlable mediante la actividad del sujeto *ex ante* de suscribirse el contrato que objetiviza dicha esfera. En otras palabras “se entiende que cuando las partes celebran un contrato, cada cual asume un ámbito determinado de riesgo, que está incluido en el valor recíproco de las prestaciones”¹²³ porque el contrato, es precisamente, un instrumento de distribución de riesgos y, como mecanismo, busca proveer un respaldo objetivo a las partes ante el imprevisto. Esto no implica un análisis exegético de lo estrictamente consignado en el contrato. La previsibilidad como elemento de la culpa debe también buscarse en un ejercicio de contraste del contenido contractual a la luz del criterio abstracto que impone a las partes la representación previa de los riesgos y los eventuales daños que deben ser visualizados por un sujeto diligente.

La extensión de la negligencia, estará determinada en el caso de la responsabilidad contractual, por la previsibilidad al momento de contratar, ya que el contrato en sí mismo es un ejercicio de previsión. Los daños acaecidos en virtud de un incumplimiento y que se encuentran en la órbita prevista al momento de suscribir un vínculo contractual —no sólo los expresamente consignados en el contrato— se ubicarán entonces, al interior del juicio de reprochabilidad. La previsibilidad cumple así una función conectora entre el ámbito fáctico y el juicio normativo que impone la negligencia como factor de atribución de responsabilidad. Su naturaleza de orden bifronte será esencial para efectos de desentrañar el carácter de la compensación por daño moral al término de la relación laboral, ya que impondrá el primer contorno del daño resarcible.

Esta naturaleza bifronte no implica una estructura maleable, cuestión que terminaría por deformar al concepto, sino que aquella característica corresponde al momento en que es realizado el análisis normativo de previsión del agente. Ya sea efectuado *ex ante*, como representación previa, análisis que es propio de la esfera de la culpabilidad. Ya sea efectuado *ex post*, en cuanto “el trasfondo de la previsibilidad que subyace tras la idea de causa adecuada (...) retrospectivamente analiza si las consecuencias mediatas del hecho

¹²² VELOSO, PAULINA citada en JARA PACHECO, CAMILO. “Revisión Crítica a los Presupuestos Clásicos de Responsabilidad Civil en Materia de Causalidad, Previsibilidad y Negligencia” [en línea]. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile: Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2015 [Fecha consulta: 16 de mayo 2018]. Disponible en <<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/130056>>.

¹²³ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op cit. pág.235.

culpable pueden ser tenidas por extraordinarias, a efectos de excluir la responsabilidad”¹²⁴, ejercicio analítico que se entenderá como propio de la esfera de causalidad.

De esta manera, las funciones normativas de la previsibilidad nos revelan la delimitación primaria del juicio de negligencia, determinándolo desde la causalidad y desde la culpabilidad logrando configurar la extensión del primer daño resarcible –previsible– y de la culpabilidad con la que ha obrado el agente.

Como ya es posible de inferir, la extensión del daño compensable/resarcible es independiente de su naturaleza —moral o patrimonial—. Y más bien, obedece, en primer lugar, a la especialidad del contrato —regula o no elementos de la personalidad—, para en segundo lugar, depender de la calidad del ejercicio de previsión efectuado, y finalmente subordinarse al análisis normativo que realice el juez al integrar el contenido constitucional al vínculo contractual, como hemos visto, la afectación de una esfera de la personalidad indefectiblemente va asociada a la lesión de una garantía constitucional, lo que en materia civil se denomina como la afectación de un interés legítimo. Bajo un vínculo laboral, aquella característica es evidente, debido a la propia estructura y racionalidad del contrato trabajo que lo convierten en una institución especialmente apta para la colisión de derechos.

De todos modos, si bien la previsibilidad nos dirige hacia un registro que determina la negligencia, no demarcará completamente dicho registro los perjuicios que serán objeto de reparación, sino que implicarán la extensión de los perjuicios resarcibles bajo la culpa con la cual actuó el agente, en razón que dentro del ámbito contractual es plenamente aplicable la función agravante de responsabilidad del dolo establecida en el artículo 1558 del Código Civil que extiende la reparación hacia los perjuicios imprevistos, produciéndose el alejamiento de la esfera de la previsibilidad al eliminar sobre el vínculo causal el ajuste normativo que dicha esfera impone sobre el daño, la consecuencia será que el daño resarcible bajo esta apreciación se expande, pero devenido ahora en una sanción a la mala fe.

Tal situación no opera fuera del ámbito del Derecho continental, ya que la función agravante del dolo no se erige como un daño punitivo propio del *Tort Law* del Derecho anglosajón, en virtud que su función disuasoria no se desmarca del daño producido ni

¹²⁴ *Ibíd.* pág. 400.

tampoco del vínculo causal, no opera entonces el agravante de responsabilidad como una sanción ejemplarizante dirigida hacia el agente desentendiéndose del juicio objetivo que implica el daño efectivo causado, ya que en el juicio de reprochabilidad en la tradición del Derecho continental no se atiende sólo al dolo y a la capacidad económica del agente infractor. Por el contrario, fruto de un largo desarrollo, la reparación ostenta un rol central dentro del juicio de negligencia, porque fuera del daño se entiende que no hay racionalidad indemnizatoria alguna, esto no implica que no existan funciones sancionatorias derivadas de la gravedad de la conducta en los marcos del juicio de reprochabilidad, pero estas cumplen una atenuada función disuasoria antes que enmarcarse en un marco punitivo, en tanto aquellas funciones no se escapan del margen que delimita la racionalidad de la justicia correctiva.

Cómo es posible de colegir, la imprevisibilidad del daño no se relaciona con la esfera afectada, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, sino que implica el estándar de apreciación de los posibles daños realizado por las partes y el análisis posterior sobre el vínculo causal que realiza el juez, el dolo en este caso, es el elemento que subordina la resarcibilidad de los daños imprevisibles, operando bajo un rol disuasorio, al que algunos destacados autores¹²⁵ le atribuyen una función consustancial, en cuanto, “la entidad objetiva del dolo tiene por consecuencia su unidad esencial en todos los casos en los que incide”¹²⁶, ya que a pesar que en sede extracontractual se afirma que no existe previsibilidad al no existir una distribución previa de los riesgos y, por ende la distinción entre cuasidelito y delito civil para efectos de determinar la extensión de la resarcibilidad sería inoficiosa. Se ha planteado respecto de este tipo de objeciones que, “de la inexistencia de una relación jurídica anterior no se deduce que la previsibilidad sea ajena a la responsabilidad extracontractual, sino que este criterio debe ser referido al tiempo en que se comete el delito, cuando nace la obligación resarcitoria”¹²⁷.

Entonces, en sede extracontractual si existiría un criterio de previsibilidad, derivado del mismo de la representación de los daños que tiene la posibilidad de causar un agente al quebrantar los deberes de cuidado que la vida social impone, todo esto a pesar de no

¹²⁵ Entre ellos Enrique Barros y Cristián Banfi.

¹²⁶ CHADWICK, TOMÁS. “De la Naturaleza Jurídica del Dolo Civil”, citado en BANFI, CRISTIÁN. op cit. pág. 18.

¹²⁷ VISENTINI, GIOVANNA. “Trattato Breve della Responsabilita Civile”, citado en BANFI, CRISTIÁN. ibíd.

encontrarse los sujetos vinculados previamente por algún tipo de obligación. De esta manera, no habrían razones de peso para no aplicar la función agravante del dolo en dicha sede, más aún, cuando dicho rol disuasorio sería un principio jurídico de carácter general que obliga al infractor a la responsabilidad por todo el daño, ya sea este previsible o imprevisible. Teniendo en cuenta además, que la previsibilidad es consustancial a la culpa, factor de atribución de responsabilidad que es plenamente aplicable en sede extracontractual.

III.II Por un Daño Moral Autónomo del Dolo y del Ilícito Civil.

La introducción de la compensación del daño moral en sede laboral ha sido especialmente dificultosa, no ha existido al respecto criterios claros y largamente fundamentados en los fallos que la han acogido, a pesar que en materia laboral desde hace décadas se expresa que el contrato de trabajo cautela una densa esfera de relaciones personales entre empleador y trabajador que nacen en virtud del vínculo laboral suscrito y desarrollado por ambos agentes.

Se pensaría que con esta base, la introducción del daño moral debería haber sido pacífica, y ya presentar un desarrollo específico, centrándose a estas alturas en los desafíos propios del daño moral como las limitaciones a su compensación, el establecimiento, o no, de baremos legales, o los requisitos que debe cumplir la lesión de la esfera íntima para efectos de determinar cuál podría ser la intensidad del daño susceptible de compensación. Por el contrario, durante mucho tiempo la discusión se estancó en la naturaleza de las indemnizaciones tarifadas¹²⁸ que se otorgan al término de la relación laboral, y si estas eventualmente cubrían al daño moral o eran susceptibles de ser acumuladas a su compensación.

Al respecto se indicó, que es “improcedente la referida acumulación toda vez que terminado el contrato debe cancelarse la indemnización tarifada establecida por la ley, la cual excluye del ámbito de la relación laboral el principio general de la reparación integral de los daños”¹²⁹. También se sostuvo que “la tarifa legal abarca todos los eventuales perjuicios

¹²⁸ Indemnizaciones por años de servicio, sustitutivas de previo aviso y recargos legales en caso de despido injustificado y abusivo.

¹²⁹ GAMONAL, SERGIO. “El Daño Moral en el Contrato de Trabajo”, Legal Publishing, 3ª Edición, 2011, pág. 130.

producidos por el despido injustificado se hayan o no producido daños para el trabajador.”¹³⁰ Finalmente se argumentó que “no es posible aplicar las normas del derecho común al derecho laboral, cuando éste ha regulado de forma expresa una determinada institución, como ocurre con las indemnizaciones al término del contrato”¹³¹.

De hecho, la Excma. C.S en su momento, en sentencia anulatoria indicó: “que las instituciones brevemente analizadas son propias absolutamente del derecho laboral y constituyen resarcimiento o recompensas originadas en la relación de trabajo que une a las partes y a la que errada o indebidamente se la ha concluido (...) que, de esta manera, en atención a la existencia expresa y específica de dichas indemnizaciones en la materia, que recompensan la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente de Trabajo, aun cuando tal sufrimiento no esté explícitamente contemplado 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 autodespido laboral, carece de sustento en la materia”¹³².

Frente a estas objeciones se planteó “que la indemnización tarifada sólo cubre el daño patrimonial del despido, por lo cual resulta de toda lógica la necesidad de indemnizar el daño moral por ejercicio abusivo del despido con una indemnización complementaria”¹³³, en cuanto, las indemnizaciones legales buscan cubrir los detrimentos producto de la pérdida del empleo, en una especie de mezcla entre previsión social y premio a la fidelidad del trabajador, siendo las mismas plenamente aplicables incluso en el caso que el empleador despida sin culpa a un trabajador, situación no replicable en el caso de una indemnización de perjuicios, en la cual, la culpa es el factor de atribución de responsabilidad del daño producido injustamente, “se ha postulado también que la existencia de un régimen específico de indemnización tarifada por término de contrato no autoriza para concluir, a contrario sensu, que en materia laboral no rige el principio de reparación integral del daño”¹³⁴.

Creemos que a pesar que aquella discusión se encuentra superada por la jurisprudencia actual, siendo hoy en día indubitado e incuestionable que el daño moral es

¹³⁰ Ibíd.

¹³¹ Ibíd.

¹³² Excma. C.S. 22 de mayo de 2007. ROL: 3842-2006 [VLEX-332815326]

¹³³ GAMONAL, SERGIO. “El Daño Moral en el Contrato de Trabajo.” Legal Publishing. 3ª Edición. 2011. pág. 131.

¹³⁴ Ibíd.

independiente de los resortes que fundamentan las indemnizaciones tarifadas. La fisonomía extracontractual de la introducción de este tipo de daño y ciertas posturas de la doctrina que aún subordinan a una actuación dolosa la compensación del mismo, obedecen a un resabio de las objeciones planteadas a su indemnización autónoma. Pensamos que ha devenido la solución arribada por la jurisprudencia —responsabilidad extracontractual del daño moral— en una sofisticada forma que evita asumir la radicalidad de los presupuestos sobre los cuales se debe sostener la resarcibilidad de los perjuicios morales en el marco del contrato de trabajo, ya que dirige la discusión hacia otro registro que es el ilícito civil, abriendo desafíos como el concurso de responsabilidades, el que curiosamente no es abordado en toda su extensión por la jurisprudencia, al preferir casi de manera automática, la sede extracontractual sin desarrollar normativamente los contornos de lo regulado por el contrato de trabajo.

Como hemos enunciado, la resarcibilidad del daño moral es independiente del ilícito civil y del dolo, esto no implica que no tenga relación con aquellos elementos, especialmente con el dolo en materia laboral, en donde se produce un acercamiento más intenso ya que las causales de despido abusivo objetivan situaciones, o abiertamente dolosas, o propias de la culpa grave, pero aun así, creemos que la procedencia de la compensación de los perjuicios morales, está más determinada por la previsibilidad y entidad del daño producido que por los factores de atribución de responsabilidad.

Gamonal señala que: “hay situaciones en las cuales el empleador puede haber actuado de mala fe, con la finalidad de poner fin al contrato por motivaciones ilícitas o espurias, provocando un daño moral al trabajador que en nuestra opinión deberá ser indemnizado en forma específica por constituir un despido injustificado que deriva en un despido abusivo”¹³⁵.

No compartimos esta opinión, un despido motivado por una intención persecutoria, es decir, aquel daño acaecido producto de una actuación dolosa en sentido estricto, antes que subordinar la procedencia del daño moral, debería subordinar la extensión de la indemnización al ámbito de los perjuicios imprevistos, los que como ya sabemos pueden ser patrimoniales o morales, más aun, teniendo en cuenta que dicho autor sostiene que la indemnización del daño moral se fundamenta el contenido ético jurídico del contrato antes

¹³⁵ Ibíd. pág. 133

que en un ilícito civil, el que por definición, es exorbitante a la esfera regulada por el vínculo contractual.

Creemos que el resorte que fundamenta la procedencia de la compensación por los perjuicios morales es lógicamente independiente del dolo, la dificultad proviene de una especie de tipificación de una conducta dolosa que se produce cuando se declara el despido del trabajador como carente de motivo plausible, y se le impone al empleador la sanción establecida en el artículo 168 inciso 3° del Código del Trabajo¹³⁶, sanción que opera en el caso que éste invoque como fundamento para la desvinculación del trabajador conductas inapropiadas de carácter grave por parte de este, las que se encuentran tipificadas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 del mismo código¹³⁷, que consisten en acusaciones que efectúa el empleador respecto de la realización de algún hecho que reviste caracteres prácticamente delictivos mientras se realizan las actividades laborales. Situación análoga —objetivación de una conducta dolosa— ocurre en el caso que el despido sea calificado como un despido antisindical, o se derive un despido injustificado en despido abusivo.

Encuadrar un despido dentro de las categorías mencionadas, produce una fuerte presunción de una acción dolosa por parte del empleador, o al menos permite fácilmente inferir que éste ejerció sus facultades con culpa grave. Tipo de culpa que para estos efectos es irrelevante ya que normativamente es asimilable al dolo. A modo de ejemplo, un caso de culpa grave, podría ocurrir, en aquel despido fundado en una conducta indebida de un trabajador que haya sido denunciada por otro trabajador o por un cliente, y que con estos antecedentes no exista una investigación exhaustiva por parte del empleador a fin de establecer la responsabilidad del trabajador en los hechos que se le imputan. Como podemos ver, en este caso, no existe una motivación interna persecutoria, esa intención

¹³⁶ Dispone dicha regla lo siguiente: “*Si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, se incrementará en un cien por ciento*”

¹³⁷ Al efecto el número 1° del artículo 160 establece como causal conducta indebida de carácter grave a) *Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;* b) *Conductas de acoso sexual;* c) *Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;* d) *Injurias proferidas por el trabajador al empleador;* e) *Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña, y f) Conductas de acoso laboral.* El número 5° del mismo artículo dispone como causal de despido los “*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*”. Finalmente el número 6 establece la causal producida por “*el perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías*”

profunda que proviene en la *psiquis* del individuo y que busca dañar al otro, sino que sólo se aprecia una negligencia grave en el ejercicio de las potestades disciplinarias del empleador.

De todos modos, nos encontramos ante una especie de «presunción legal», no una de derecho que no admita prueba en contrario. De hecho, es posible que se incurra en estas causales por «culpa leve», produciendo el mismo efecto dañoso, ya que es el comportamiento tipificado —acusación sin fundamento— el que produce el hecho dañoso, que ordinariamente afectará un ámbito moral, que es la esfera que se tiende a afectar mediante una acusación arbitraria —honor, integridad psíquica—, pero esto no es una relación necesaria, en cuanto, es perfectamente atribuible también, ciertos perjuicios materiales, como la pérdida de oportunidades laborales debido a la difamación producida por el tipo de despido al que fue sometido el trabajador.

De esta manera, a la acción tipificada descrita se puede arribar mediante cualquier criterio de atribución de responsabilidad, ya sea el de la culpa o el dolo. Creemos necesario añadir esta «distinción previa» al análisis, en tanto, aquella permite independizar el tipo de daño del factor de atribución de responsabilidad. Así, la diferenciación entre ambas conductas debiera enmarcarse en la expansión o no del vínculo causal que produce el daño, quedando el empleador expuesto en caso de despido doloso a la indemnización de los perjuicios imprevistos, los que pueden ser tanto materiales como extrapatrimoniales.

Lo que ha ocurrido de momento, es subordinar la procedencia del daño moral al dolo, entendido este en su dimensión más psicologizante y estricta, como un «ánimo persecutorio», las objeciones que se sostuvieron en contra de la compensación del daño moral al término de la relación laboral, todavía tienen un eco subrepticio, quizás aún se entiende que la compensación de dicho tipo de daño no puede estar involucrada al interior del marco contractual. Es cierto que un despido doloso, totalmente antifuncional, tiene una mayor aptitud para producir una lesión en la esfera extrapatrimonial del individuo, existe una intencionalidad mediante el dolo de producir daño, más aún al interior del contrato de trabajo en donde se desarrolla sistemáticamente una serie de relaciones personales, que son desplegadas en entornos laborales que hoy en día han devenido en ambientes que exigen enormes grados de adhesión emocional para su funcionamiento ordinario, lugares en los cuales el trabajador desarrolla gran parte de su vida y en donde una acusación sin fundamento que derive en un despido puede generar graves trastornos en una persona.

Todos estos factores son lo que influyen para que el daño moral bajo esta subordinación haya derivado en una sanción penal para el empleador, y que en este decurso haya desdibujado su propia fisonomía y el desarrollo que en materia laboral podría haber ostentado. Creemos que las apreciaciones sobre aquel el daño moral deben ser finas, y que la racionalidad del Derecho Civil con un desarrollo de cientos de años en materia de responsabilidad pueden servir para desentrañar su naturaleza y la correcta aplicación en sede laboral, esto no implica contractualizar de un modo excesivo las relaciones de trabajo, sino que, por el contrario, implica enriquecer el vínculo laboral sin pugnar en este ejercicio con los años de avances jurídicos¹³⁸ que han permitido mejorar la debida protección de los trabajadores, es relevante que dicha compleja adecuación a la estructura del Derecho del Trabajo sea realizada de una manera armónica, sin diseccionar la tensión que existe entre el Derecho público y privado en el centro del vínculo laboral.

Estimamos que un juicio de negligencia al término de la relación laboral, es complejo, debido una serie de razones. En primer lugar, existe un abanico de indemnizaciones legales y de respectivos recargos en casos manifiestamente infundados, los que a primera vista se superponen al juicio de reprochabilidad. En segunda instancia, las funciones disuasorias de los recargos presentan especial complejidad para efectos de distinguirlos de los factores de atribución. Y finalmente, la propia estructura de las indemnizaciones del Derecho del Trabajo se referencia en montos de dinero disponibles a todo evento, ya que “en la práctica argumentativa del derecho del trabajo es común la existencia de indemnizaciones tarifadas por antigüedad”¹³⁹.

El origen de aquellas se explica en tres causas distintas “a saber, a) Un origen en la autonomía colectiva: inicialmente surgen en las negociaciones colectivas y luego este mecanismo fue recepcionado por las leyes laborales; b) Un origen jurisprudencial: la indemnización tarifada es un derivado de la regla inglesa de término de contrato el siglo XIX;

¹³⁸ El Derecho del Trabajo presenta un arco de avances imprescindibles, como por ejemplo el principio de primacía de la realidad, que en su aplicación permite desmitificar una abstracción contractualista del individuo que en sede laboral es perjudicial a los intereses de los trabajadores, también el principio pro operario y el de protección del trabajador que se eleva como garantía ante el poder de dirección que ostenta el empleador, en otra área no se puede desconocer el aporte a la democracia y en la profundización de esta que significan los derechos colectivos apuntalados por el Derecho del Trabajo.

¹³⁹ GAMONAL, SERGIO “El Daño Moral en el Artículo 489 del Código del Trabajo” RDPUCV, XLVII, 2016. 2do. Semestre. pág. 309.

c) Un origen legislativo transaccional: una tarifa laboral permite eximirse de las reglas generales de responsabilidad civil, beneficiando al trabajador y, al mismo tiempo, dando seguridad a la iniciativa empresarial¹⁴⁰. Así “la indemnización por años de servicio y los topes indemnizatorios dentro del derecho del trabajo tienen una lógica protectora y de certeza para ambas partes. Por un lado, se exige al trabajador de tener que probar perjuicios, lo cual podría ser muy complicado. Por otro, se otorga certeza a ambas partes, en el sentido de que el trabajador sabe qué monto indemnizatorio recibirá por término de contrato y el empleador conoce de antemano el costo del despido”¹⁴¹.

Estos factores conjugados dificultan, la procedencia del daño moral y su propia fisonomía, se hace necesario entonces, asumir su procedencia en el fundamento propio que el daño moral encuentra en el derecho común, diferenciándolo totalmente de los fundamentos de la indemnización por años de servicios y cualquier recargo que esta tenga como disuasión ante un despido especialmente negligente o doloso, las razones para rechazar el carácter estrictamente indemnizatorio de aquellas “indemnizaciones” se deriva en que aquellas no atienden al daño producido al no estar determinado su monto por un criterio reparatorio, sino que dependen basalmente de la antigüedad del trabajador, incluso operan sin culpa del empleador, es por esto que la Excma. C.S ha indicado en sentencia de reemplazo en los autos *Muñoz Jara con I. Municipalidad de La Ligua* que “las indemnizaciones por término de contrato son de carácter general y buscan resguardar la estabilidad en el empleo, por tanto no inhiben la indemnización de las lesiones extrapatrimoniales como el daño moral”¹⁴².

Una de las consecuencias de subordinar el daño moral al dolo, tal cual lo hemos visto, ha sido la introducción extracontractual de aquel daño en materia laboral. De hecho la Excma. C.S. en el fallo citado anteriormente, en el considerando 7° indica: “de ahí que haya consenso en orden a que entre dos contratantes sea del todo factible una responsabilidad contractual a la par con otra extracontractual, en la medida que ésta congenia con una culpa y un dolo normalmente extraños al sano ejercicio de las prerrogativas consentidas”¹⁴³. La jurisprudencia considera que el empleador al caer en un factor de atribución de responsabilidad al momento de ejercer su prerrogativa de despedir a un trabajador

¹⁴⁰ Ibíd. pág. 310.

¹⁴¹ Ibíd. pág. 314.

¹⁴² Excma. C.S. 7 de octubre 2014. ROL: 2746-2014 [MICROJURIS MJJ39214]

¹⁴³ Ibíd.

inmediatamente incurre en un ilícito civil, su actuación es de tal entidad que llega incluso a sobrepasar los límites del Derecho del Trabajo, al efecto, el fallo en comento en su considerando 9° indica que “una acusación de falta de honradez es directamente sugestiva de ausencia de rectitud, probidad, moralidad, honestidad, integridad. Otra de falta de responsabilidad trae de suyo a colación la idea de ineptitud, abandono, indisponibilidad, falta de compromiso, dejación, indiferencia, desidia, desgano, indolencia. Cuando consumadas sobre la base de hechos falsos, normalmente han de generar en el dependiente secuelas que desorbitan el área propiamente cubierta por el Derecho del Trabajo”¹⁴⁴.

No deja de ser curiosa esta interpretación, en la cual, toda un área del ordenamiento jurídico, como lo es el Derecho del Trabajo es excedida por solo mediar culpa o dolo en un despido, como si el hecho de efectuar interpretaciones que permitan la aplicación de una normativa supletoria, de modo inmediato permitiera salirse de la racionalidad del Derecho laboral, obviando de paso, el rol integrador entre Derecho público y privado que éste ostenta desde su propio origen.

También es extraño, que inmediatamente se exceda el estatuto de responsabilidad contractual que se encuentra en el Código Civil, como si no existiera como antecedente un contrato celebrado entre las partes. Por el contrario, nuestra jurisprudencia arriba de manera automática al registro extracontractual, solución que denota la nula consideración del vínculo contractual que sostuvieron las partes, el que como se ha enunciado, tiene un fundamento ético jurídico que es parte integrante esencial del mismo. Por eso es que a través de esta operación –fundamento extracontractual del despido doloso– se termina por desnaturalizar el vínculo laboral, ya que se expulsa de la esfera del contrato la obligación de diligencia que pesa sobre el empleador al momento de ejercer sus facultades de dirección para poner fin al contrato de trabajo.

Si las indemnizaciones tarifadas obedecen a una naturaleza diversa que una eventual compensación por daño moral, eso no significa que sólo aquellas sean las que integren el contenido del contrato, y que desde ahí, se derive que cualquier incumplimiento que se transforme en un despido abusivo se encuentre fuera del ámbito contractual, precisamente dichas indemnizaciones implican un piso mínimo que opera fuera de cualquier juicio de carácter indemnizatorio, porque los recargos legales han sido delineados como sanciones

¹⁴⁴ *Ibíd.*

penales al empleador, no obedecen entonces, a una naturaleza compensatoria, en cuanto los montos de dichos recargos están calculados en función de los años de antigüedad del trabajador y el ingreso por concepto de remuneraciones que aquel percibía. Esta lógica tarifada excede cualquier libertad de apreciación con la que pueda contar un juez para efectos de conceder una compensación por el daño moral producido, bajo estos vectores nos encontramos afuera del marco de la justicia correctiva, pero si dentro del Derecho del Trabajo, ya que perdemos como referencia principal y demarcatoria el daño efectivamente ocasionado.

Por último, resulta extraño a la luz de estos argumentos, que el contrato de trabajo se encuentre exento de un juicio de reprochabilidad contractual, no existiendo al efecto, norma alguna que lo exima de aquella institución. Más aún, teniendo a la vista que la Excma. C.S. ha dispuesto que en caso de producirse un daño moral al término de la relación laboral, es plenamente procedente su compensación, diferenciándolo así de cualquier indemnización tarifada. Lo primero que se esperaría al menos, es un análisis detallado del contorno normativo del contrato de trabajo, fundamentación que va a implicar un ejercicio de ponderación de garantías constitucionales, después se deberá determinar si es que el daño producido; fue exógeno o no a la relación contractual y, en específico, al contenido ético jurídico del contrato de trabajo que se integra al centro del contenido contractual mediante la eficacia horizontal de los derechos fundamentales que producen la recomposición constitucional del contrato y el principio de la buena fe. Solo después de superada esta serie de filtros, es que se podría catalogar el daño producido, como uno generado por un ilícito civil.

Queda en evidencia entonces, que el daño moral no es más que uno de los elementos que compone el juicio de reprochabilidad, tal como también lo integra el dolo, su eventual procedencia no es el subproducto derivado de otro elemento, sino que estará dada por la conclusión a la que arribe el juez después de sopesar mediante un ejercicio normativo todos los elementos que componen un juicio de responsabilidad.

Lo que corresponde entonces, es dilucidar las características específicas con las que debe contar el daño moral al término del contrato de trabajo a fin que este sea compensado.Cuál debe ser su intensidad, y cuál debe ser la acción que lo haya producido. La que normalmente será aquella encuadrada en un despido abusivo, entendido aquel como un

despido objetivamente antifuncional, sin fundamento alguno, o supuestamente motivado en una indebida acción desleal del trabajador que después ha resultado infundada, calificación que entrara de lleno al centro del juicio de reprochabilidad. De esta manera podemos concluir lo siguiente:

- A) La compensación del daño moral al término del contrato de trabajo, es totalmente independiente de las indemnizaciones tarifadas, en razón que su naturaleza es diferente de las últimas. La resarcibilidad del daño moral se encuadra en la vinculación que se realiza entre el derecho común y la racionalidad que impone el Derecho del Trabajo, las indemnizaciones tarifadas obedecen a un premio a la fidelidad del trabajador, seguro social y promoción de la estabilidad relativa del empleo.
- B) La compensación del daño moral se encuentra más determinada por la previsibilidad del daño mediante el ejercicio normativo que se efectúe en el vínculo causal y en la culpabilidad, que en los factores de atribución de responsabilidad. Estos factores están ligados con la procedencia de los perjuicios morales, al establecerse en los recargos legales ciertas conductas que presumen actuaciones dolosas, pero en última instancia aquellos no subordinan la procedencia de la compensación de aquel tipo de perjuicios, ya que el factor de atribución subyace y se encuentra mediado por la actividad tipificada, lo relevante es la aptitud de la acusación infundada y su circunstancias para producir el perjuicio moral.
- C) La compensación del daño moral también se encuentra determinada por la especialidad del contrato, que en el caso del vínculo laboral, tiene como antecedente una densa esfera de relaciones personales y garantías constitucionales involucradas, tanto del empleador como del trabajador, lo que produce un vínculo jurídico que está estructurado para una intervención masiva de normativa de rango público y privado, dicha intervención protectora es Derecho común del Trabajo.
- D) El ilícito civil por definición excede el ámbito cautelado por el contrato, ya que su registro se encuentra en la esfera extracontractual. Por ende, para que sea efectivo el criterio de su procedencia en caso de existir un contrato de trabajo, el ilícito debe realizarse con ocasión del contrato, es decir, mediante resortes que son totalmente ajenos al vínculo contractual, situación de una alta

complejidad probatoria y que desplaza al dolo hacia un criterio totalmente estricto.

- E) Todo este tipo de factores dan cuenta que el daño moral al término de la relación laboral, es una categoría independiente del ilícito civil y del dolo, un elemento más de un juicio de reprochabilidad que tiene que adecuarse a la racionalidad del Derecho del Trabajo.

III.III. Características del Daño Moral Producido al Término de la Relación Laboral.

“La doctrina ha concebido el daño moral en términos amplios, de un modo que comprende todos los intereses no patrimoniales que puedan verse afectados por el hecho de un tercero”¹⁴⁵. El mismo ha presentado en su naturaleza características excéntricas y contornos difusos, “La propia expresión «daño moral» es un concepto jurídico que no delimita concretamente un significado particular. Resalta más bien la heterogeneidad de multiplicidad de supuestos o hipótesis de daños, los que por otro lado tienen la característica de irse renovando constantemente”¹⁴⁶. De hecho su propia definición está dada en términos negativos del daño patrimonial, lo que da cuenta de su carácter heterogéneo y de un esfuerzo de independizarlo de este último, “esta premisa se hace hoy extensiva tanto a su indemnización como también a la determinación de su *quantum*, especialmente en lo que a daños corporales se refiere”¹⁴⁷.

El daño moral en su establecimiento como un tipo de daño susceptible de ser apreciado al interior de un juicio de reprochabilidad, logra como efecto “que el Derecho común reelabora por completo la teoría de las consecuencias perjudiciales de la prestación no cumplida. Se traza una nueva concepción del *damnum* y del *interesse*”¹⁴⁸. En cuanto, “según se ha visto, las características propias de la víctima (como el pianista que sufre la amputación de una mano) son un correctivo que permite hacerse cargo, dentro de ciertos rangos, de un perjuicio de agrado superior”¹⁴⁹, elemento diferente de las reparaciones patrimoniales en las cuales el daño es apreciado de una manera objetiva y abstracta. Otras

¹⁴⁵ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op cit. pág 231.

¹⁴⁶ BARRIENTOS, MARCELO. “Del Daño Moral al Daño Extrapatrimonial: la Superación del *Pretium Doloris*.” Revista Chilena de Derecho. Vol. 35. N° 1. 2008. pág 87.

¹⁴⁷ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op cit. pág 325.

¹⁴⁸ DÍEZ-PICASO, LUIS. citado en BARRIENTOS, MARCELO. op.cit. pág 87.

¹⁴⁹ BARRIENTOS, MARCELO. op.cit. pág 87.

particularidades se referencian en el rol del dinero como un elemento resarcitorio, ya que en la esfera de los perjuicios morales “simplemente se carece de un denominador común para medir el daño y la reparación, que en el caso del daño patrimonial está dado por el valor de cambio del bien en dinero. Por lo mismo, no es posible definir una suma de dinero que exprese el punto de indiferencia para la víctima entre recibir la indemnización o preservar tales bienes”¹⁵⁰, esto lleva a la clásica interpretación que el daño moral no es resarcible, ya que, “el dinero no quiere ser una estimación en este caso de lo que se ha dañado. Simplemente quiere compensar, dando a la víctima una posible satisfacción que ponga a su alcance otros medios, otras satisfacciones que atenúen la pérdida sentida y que importan algo que el Derecho no puede desconocer nunca, cual es, que un bien extrapatrimonial que ha sido conculcado debe ser indemnizado”¹⁵¹. Deja de cumplir el dinero sus objetivas funciones de cumplimiento por equivalencia en sede contractual o reparatorias en sede extracontractual.

En su propio decurso, el concepto de daño moral ha contado con un desarrollo que ha ido ensanchando los márgenes de lo delimitado por su campo conceptual, el que en un principio se encontraba confinado al denominado *pretium doloris*, o precio del dolor, que imponía una distorsión a la naturaleza de aquel tipo de daño, en cuanto, el “*pretium doloris* es solo un tipo de daño moral y responde acaso a una de las definiciones más clásicas de daño moral”¹⁵².

El problema estriba en que “el dolor y el sufrimiento son vistos como la causa del daño o su origen. Esto no parece adecuado, porque lo que son en realidad es una consecuencia o efecto de la injuria o lesión que se ha inferido a los derechos extrapatrimoniales de la persona”¹⁵³. Terminaba esta categoría por subsumir a la lesión subyacente —el elemento articulador del juicio de responsabilidad— en los límites de uno de sus posibles efectos. “En la práctica el daño moral se produce por el atentado a determinados derechos, bienes o intereses que el Derecho asegura a la persona. Ante la sola presencia de sufrimientos físicos o psíquicos no coexiste deber de reparación si no se consigue probar en juicio”¹⁵⁴. Y es que “daño y dolor no son lo mismo. Pues hay daños que no se sienten, como

¹⁵⁰ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op. cit. pág. 312.

¹⁵¹ BARRIENTOS, MARCELO. op.cit. pág. 98.

¹⁵² *Ibid.* pág. 92.

¹⁵³ *Ibid.* pág. 94.

¹⁵⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. citado por BARRIENTOS, MARCELO. op. cit. pág. 89.

el deterioro que puede producir silenciosamente un cáncer o sustancias nocivas contaminantes en el medio ambiente”¹⁵⁵. Finalmente ante este dilema, la respuesta que ha esgrimido el Derecho comparado ha sido la de la transformación del daño moral, en una elástica categoría negativa que consiste en una conceptualización antagónica al daño patrimonial, dándole al mismo un carácter continente.

Lo relevante en la estructura del daño moral es la lesión de carácter extrapatrimonial, la afección a un derecho de personalidad que aquella implica, característica que se ve especialmente acentuada en el contrato de trabajo, en el sentido que aquel instrumento se diferencia radicalmente de los demás contratos patrimoniales porque en sí mismo regula una situación de vida del trabajador, dicho elemento específico sostiene el andamiaje para la introducción de las garantías constitucionales al centro del vínculo laboral. “La dignidad, positivización de la integridad moral, calificada como base de nuestro sistema de derechos fundamentales”¹⁵⁶ es lo que se protege de modo directo mediante la indemnización del daño moral. De esta manera, termina siendo claro que el menoscabo de un derecho personal va a ser el elemento basal mediante el cual se va extender la compensación del daño moral. Como hemos visto, no es el dolor, sino a lo que reconduce la aflicción lo que debe ser compensable. En el contrato de trabajo este tipo de despliegue es apreciable de una manera directa porque los derechos personales involucrados, están ahí; modulados en el mismo contrato y presentan ribetes constitucionales.

Despejada la vía del *pretium doloris* como elemento estructurante del daño moral en sede laboral, y reconducido el mismo hacia los derechos personales de las partes integrantes del vínculo contractual, en el sentido que, bajo la racionalidad del Derecho del Trabajo es posible vincular la lesión producida por el incumplimiento hacia el registro de los derechos fundamentales del trabajador. De hecho esta ha sido la solución española para la delimitación del daño moral en sede laboral, la que ha establecido, que debe ser probado un perjuicio distinto al que es “común a todo despido injustificado (...) pues el simple sufrimiento emocional producido por un despido injusto no tiene entidad suficiente para ser reparado por una indemnización independiente”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ BARRIENTOS, MARCELO. op. cit. pág 96.

¹⁵⁶ ALAMEDA, MARÍA TERESA. op. cit. pág 39.

¹⁵⁷ Tribunal Supremo Español. 21 de septiembre de 2009, recurso N° 2738-2008, citado en ALAMEDA, MARÍA TERESA. op.cit. pág. 40.

Creemos que esta solución jurisprudencial es correcta, ya que es una de las expresiones de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior del contrato de trabajo y, a su vez, aporta un criterio demarcatorio totalmente funcional a la especificidad del vínculo contractual laboral —derechos constitucionales de trabajador y empleador como base del contrato—. En España, al contrario que en la jurisprudencia nacional en donde “la determinación del daño moral adolece de una radical subjetividad”¹⁵⁸, esta exigencia también conlleva la imposición de un alto estándar probatorio a la víctima, en razón que “en esta línea jurisprudencial, la lesión del derecho fundamental no era suficiente, por sí sola, para que se derivase el derecho a una indemnización por los daños sufridos. “Para ello el demandante habría de aportar “las bases y elementos claves de la indemnización que reclama” y acreditar “cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes que puedan asentar una condena de tal clase”¹⁵⁹, se ha requerido además; “la prueba tanto del daño causado como de su cuantía y criterios de valoración, al entender que lo contrario llevaría a convertir el presunto daño en una simple alegación y estimación subjetiva y, como tal, no contrastada objetivamente”¹⁶⁰. Así, en los llamados derechos de conciliación¹⁶¹, “la tutela indemnizatoria (...) ha sido, hasta el momento, muy limitada, en buena medida por la muy estricta aplicación de la jurisprudencia del T.S. sobre la prueba y cuantificación de los daños morales”¹⁶².

Es una línea adecuada —la circunscripción de la lesión a un derecho fundamental—, porque se inserta en un esfuerzo sistematizador mayor respecto del contrato de trabajo y la constitucionalización de los derechos que este presenta, esfuerzo integrador que incluso ostenta al día de hoy aristas procesales a través del procedimiento de tutela laboral, en cuanto, este “viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de este tipo de derechos en las relaciones jurídicas entre privados”¹⁶³. En el cual, “lo frecuente será (...) que la conducta del empleador corresponda al ejercicio de alguna facultad reconocida por ley, ya sea el poder de mando, el poder disciplinario propio del empleador, o la facultad de contratar o despedir trabajadores, y que son reconocidas como derivaciones de sus derechos

¹⁵⁸ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op. cit. pág. 313.

¹⁵⁹ MANEIRO, YOLANDA. “El Derecho a la Indemnización por Daños Morales como Consecuencia de la Lesión de la Libertad Sindical a la Luz de la Sentencia TC 247/2006, De 24 De Julio”. Revista Derecho. Universidad de Santiago de Compostela. vol. N° 22. Noviembre. año 2013. pág. 249.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ En España son el tipo de derechos que buscan compatibilizar la vida familiar y laboral.

¹⁶² ALAMEDA, MARIA TERESA. op. cit. pág. 41.

¹⁶³ UGARTE, JOSÉ LUIS. “La Tutela de los Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: de Erizo a Zorro” Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XX, N° 2, Diciembre 2007, pág. 61.

constitucionales, lo que previsiblemente importará una colisión o conflicto de derechos fundamentales del trabajador y del empleador”¹⁶⁴.

Un daño moral reconducido a las lesiones de derechos fundamentales armoniza, da coherencia y complejiza la misma relación laboral, una adecuada aplicación de los principios y técnicas desarrolladas por el Derecho privado nos permite llegar en última instancia al ámbito de las colisiones de derechos fundamentales, y a las preguntas de frontera que se presentan como desafíos para el Derecho actual.

Problemáticas que deben ser dilucidadas por la jurisprudencia, como por ejemplo, los límites de la esencialidad de las garantías constitucionales puestas en juego, si tenemos en cuenta que el contrato de trabajo, es un instrumento que por definición permite una mayor densidad de colisiones de derechos fundamentales entre las partes contratantes, debería ser importante el poder establecer ciertos parámetros jurisprudenciales que vayan dilucidando la jerarquización de este tipo de derechos, cuales efectivamente ceden en pos de otros. De momento hemos visto que el criterio para efectuar aquella operación es el optimizador de Alexy, pero ¿Hasta dónde se puede ceder? ¿Es posible el establecimiento de un criterio optimizador de derechos que se pesan en sus colisiones sin pugnar con la noción misma de garantía constitucional?

De momento, hay dos grandes técnicas para efectos de delimitar el núcleo irreducible de un derecho; el optimizador, en el cual “las limitaciones a los derechos deben justificarse con vistas al beneficio buscado en la realización de otros intereses o valores”¹⁶⁵. Criterio que “admite que sus contornos medulares no pueden conocerse de antemano y su contenido habrá de fijarse sólo una vez que el derecho haya sido ponderado con otros derechos o intereses, resultado del que puede quedar nada o muy poco del derecho proclamado *in abstracto*”¹⁶⁶. Y la noción garantista o *state-limiting* que adhiere al test de proporcionalidad, pero lo delinea “como un conjunto de exigencias que justifican la intervención judicial para

¹⁶⁴ UGARTE, JOSÉ LUIS. “Los Derechos Fundamentales del Trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral”. Ensayos Jurídicos. Universidad Alberto Hurtado. N° 2. año 2006. pág. 18.

¹⁶⁵ WEBBER, GREGOIRE. citado en COVARRUBIAS, IGNACIO “El Test de Proporcionalidad que se Promueve en la Tutela de Derechos Fundamentales y las Premisas a las que se Adhiere”. RDPUCV. XLV. 2do. semestre. 2015. pág. 272.

¹⁶⁶ COVARRUBIAS, IGNACIO. “El Test de Proporcionalidad que se Promueve en la Tutela de Derechos Fundamentales y las Premisas a las que se Adhiere”. RDPUCV. XLV. 2do. semestre. 2015. pág. 273.

proteger los derechos”¹⁶⁷. Hay otros incluso, que “estiman que el factor optimizador es una amenaza a los derechos fundamentales (...) al punto de incorporar en la optimizaciones los derechos considerados inviolables”¹⁶⁸. Este tipo de dilemas son los que se abren a la judicatura laboral, en el momento en que se despejen las distorsiones con las cuales se otorgan o deniegan las compensaciones por daño moral en ocasión del término de la relación laboral.

Creemos también, que se debe avanzar en determinar en el caso específico del término del contrato por un despido injusto o abusivo, cuál es el umbral de significancia que debe superar el daño moral para efectos que este sea compensable, en tanto “la definición del umbral de significancia es una cuestión de derecho que corresponde ir precisando a la jurisprudencia”¹⁶⁹, para esto no basta mencionar la profundas aflicciones a la que podría estar sujeto un trabajador que sufre un despido injusto, se debe acreditar la específica lesión a un derecho de la personalidad y el tribunal debe evaluarlo bajo ciertos criterios, “circunstancias de las partes (edad, antigüedad en el cargo, buen nombre o prestigio profesional, entre otros) y, respecto de las circunstancias del demandado, se repara, a veces, en la intencionalidad de su conducta o en el conocimiento de su ilicitud”¹⁷⁰, en conjunto con “la mayor o menor difusión o trascendencia social de la conducta ilícita”¹⁷¹ y la duración y gravedad la lesión. El despeje de este tipo de criterios debería ir bosquejando la intensidad del daño a superar.

Bajo estos vectores, cobra especial relevancia la situación regulada por el contrato de trabajo, hay un marco de previsibilidad propio de este tipo de instrumentos, no todo tipo daño moral es compensable, en el sentido, que ciertas turbaciones propias de la vida en sociedad con las cuales los sujetos deben lidiar atendiendo las especiales circunstancias en las cuales se desenvuelven, en el caso de un despido abusivo del trabajador “se ha sostenido que las sensaciones de disgusto ira, contrariedad, indignación. etc. del trabajador, no dan lugar por sí solas a la obligación de reparación”¹⁷². “Martorell señala como límite para la procedencia de la indemnización por daño moral por despido, el denominado «principio de la

¹⁶⁷ RIVERS, JULIAN. citado en COVARRUBIAS, IGNACIO. op. cit. pág. 273.

¹⁶⁸ COVARRUBIAS, IGNACIO. op. cit. pág. 277.

¹⁶⁹ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op. cit. pág. 311.

¹⁷⁰ MANEIRO, YOLANDA. op. cit. pág. 256.

¹⁷¹ *Ibíd.*

¹⁷² MANGARELLI y CASTELLO, citado en GAMONAL, SERGIO. “El Daño Moral en el Contrato de Trabajo.” Legal Publishing, 3ª Edición, 2011, pág. 133.

extraordinariedad», esto es, que la reparación del daño moral por la ruptura abusiva del contrato de trabajo sea una situación excepcional, aplicable en limitadas ocasiones”¹⁷³.

Estamos parcialmente de acuerdo con estas apreciaciones, desde la perspectiva que creemos que el daño debe ser efectivamente extraordinario, además debe ser acreditado, y finalmente es diferenciable del dolor, pero no concordamos que los márgenes para apreciar la extraordinariedad de aquel tipo de daño se tengan que enmarcar al interior de la categoría del despido abusivo, en el sentido de imponer la procedencia de la resarcibilidad sólo en daños extraordinarios referenciados con otros despidos abusivos, por el contrario, afirmamos que bajo las normas de un juicio de responsabilidad y existiendo lesiones relevantes a una esfera de la personalidad, como además un factor de atribución de responsabilidad acreditado, estas lesiones deben ser compensadas. Con lesiones relevantes entendemos que el criterio de superación del umbral de significancia se ubica al interior de las turbaciones producidas por todo despido en general y no sólo en el despido abusivo, la intensidad del daño que proponemos de por sí es alta, ya que un despido conlleva enormes sentimientos, grados de lesiones y sensaciones que no necesariamente son compensables y que responden al efecto propio y previsible del término de aquel tipo de vínculo contractual.

En esta misma dirección, pensamos que no parece existir razón alguna para estandarizar un parámetro de intensidad del daño sólo al interior del despido abusivo, de modo que si se permite causar un daño significativo de manera antifuncional al interior de un derecho de la personalidad, aquél debe ser compensado, esto es la expresión del principio de reparación integral del daño, y de la propia racionalidad del derecho del trabajo, “tanto el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (Nº 1º) como el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia son deberes especialmente contemplados y reforzados por el Derecho laboral, integrantes del denominado contenido ético-jurídico del contrato de trabajo”¹⁷⁴, en tanto, este contenido contractual es contravenido y ateniéndose a la especialidad de la entidad del daño que impone el vínculo contractual laboral, la que vale consignar en este caso es alta.

¹⁷³ MARTORELL, DANIEL. citado en GAMONAL, SERGIO. “El Daño Moral en el Contrato de Trabajo.” Legal Publishing, 3ª Edición, 2011, pág. 133-134.

¹⁷⁴ GAMONAL, SERGIO. “El Daño Moral en el Contrato de Trabajo”, Legal Publishing, 3ª Edición, 2011, pág. 136.

Este registro nos permite abordar un tema controvertido y complejo al interior de la doctrina civil, consistente el mismo en la delimitación de lo regulado o no regulado por el contrato en el caso de un incumplimiento, cuales son las fronteras que existen entre la responsabilidad extracontractual y contractual, y la eventual configuración de un concurso de responsabilidades, es decir, “si el actor tiene la *opción* entre uno y otro régimen de responsabilidad, bajo el supuesto de que el hecho pueda ser calificado tanto de incumplimiento contractual como de ilícito extracontractual”¹⁷⁵, es decir en el caso en que en que “prescindiendo del contrato, el hecho constituye una infracción a los deberes generales de cuidado.”¹⁷⁶ La elección de uno u otro estatuto ciertamente es relevante, se pueden enumerar a modo de ejemplo, diferencias importantes tales como; la presunción de culpa establecida en el inciso 3° del artículo 1547 del Código Civil, la extensión de la misma al hecho de los dependientes, plazos de prescripción, análisis de la previsibilidad y la competencia del tribunal que conoce¹⁷⁷, ya que al fundar la compensación en un ilícito extracontractual, creemos que su conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios.

El concurso de responsabilidades es uno de los dilemas que más dificultades presentan para efectos de su solución en materia civil, y al mismo tiempo “en pocas áreas del derecho de obligaciones se muestra con más nitidez que en la opción de acciones, la tendencia a razonar de una manera puramente mecánica y conceptual, que desatiende la finalidad de los institutos en juego”¹⁷⁸. Ocurre muchas veces una aplicación total del estatuto contractual, al apreciar sin distinciones el principio de primacía del contrato, sin atenerse, ni a la especialidad del contrato, ni tampoco a la voluntad de las partes, en donde no sólo se “asume el predominio del contrato, sino, además que la especialidad de este último supondría una voluntad implícita de excluir la aplicación del estatuto de responsabilidad aquiliana”¹⁷⁹. De este modo, el principio de primacía del contrato “expresaría que el derecho de contratos es *especial* respecto del estatuto de la responsabilidad extracontractual, precisamente porque el contrato tiene el efecto de modificar la regla general, en cuya virtud

¹⁷⁵ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op. cit. pág. 1056.

¹⁷⁶ *Ibíd.* pág. 1057.

¹⁷⁷ En el caso de la responsabilidad extracontractual corresponde fundar los antecedentes en la justicia ordinaria ya que el incumplimiento excede el ámbito de lo regulado por el contrato, la solución arribada por la Excm. C.S. al establecer que un tribunal ordinario tiene competencia para conocer de los daños directos de una relación laboral, es de dudosa entidad conforme lo analizado en el capítulo II de esta memoria.

¹⁷⁸ CABANILLAS y TAPIA. citado en BARROS BOURIE, ENRIQUE. op. cit. pág. 1060.

¹⁷⁹ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op. cit. pág. 1059.

rige el estatuto de responsabilidad extracontractual”¹⁸⁰. Cabe consignar que en Francia se ha arribado a la solución que “la opción debe ser denegada, prevaleciendo, en caso de que haya convención, las reglas de la responsabilidad contractual”¹⁸¹.

Barros señala que; “desde un punto de vista estrictamente conceptual es sencillo concluir que no procede la opción, porque en casos de conflicto de normas debe prevalecer el contrato en virtud del *principio de especialidad*; pero esa conclusión no es irrefutable, ni siquiera de acuerdo con sus propios supuestos. En efecto, una argumentación lógico-formal puede también llegar a una conclusión inversa, porque cuando una situación de hecho es calificable bajo distintos conjuntos de normas, puede entenderse que *no existe un conflicto de normas* que se excluyen recíprocamente, sino una *conurrencia alternativa*”¹⁸², entendida aquella concurrencia como la categorización de un determinado hecho que es susceptible de ser subsumido en dos conjuntos de normas distintas.

Al analizar el dilema bajo los vectores que impone el contrato de trabajo, creemos que el problema del concurso de responsabilidades se expresa con una menor entidad y complejidad que en el caso de los contratos patrimoniales, todo esto en razón de dos argumentos. En primer lugar, debido a que la racionalidad integradora e interventora sobre el contrato de trabajo que establece el Derecho Laboral, logra que las eventuales lesiones sobre la esfera extrapatrimonial —teniendo como antecedente este vínculo contractual— se encuentren cubiertas totalmente por el contrato, a través de una operación combinada de recomposición constitucional del contrato de trabajo en conjunción con el principio de rango legal de la buena fe. Estas dos intervenciones permiten erigir el contenido ético jurídico de aquel instrumento, el que es parte integrante de aquel vínculo obligatorio, expandiendo de esta manera el contenido obligacional que las partes deben soportar, con especial énfasis en la figura del empleador, en cuanto ostenta un mayor poder debido a las relaciones asimétricas que le impone al trabajador. Esta situación remite inmediatamente al estatuto contractual de responsabilidad, pero no por una apreciación mecánica y abstracta que presume una cláusula remisoras general a dicho estatuto, por el contrario, se llega a esta conclusión en un ejercicio analítico centrado en la naturaleza del propio vínculo laboral.

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.* pág. 1060.

En segundo lugar, y ya hurgando de manera específica en el término de la relación laboral, afirmamos que no resulta razonable categorizar a las formalidades establecidas por el legislador para ponerle término a la relación contractual laboral como elementos exorbitantes al contenido contractual, estas formalidades que operan como instrumentos para la estabilidad relativa del trabajo, son un típico caso de intervención pública sobre el contrato, requisitos que se establecen con un fin protector y que no pueden ser renunciados por las partes.

En consecuencia, el contrato de trabajo ostenta un amplio contenido obligacional que es reforzado y protegido por el Derecho Laboral, en el que las formalidades para darle término son propias de su contenido contractual, y no elementos exteriores al mismo, de estimarse lo contrario, la terminación del vínculo laboral no tendría una forma propiamente contractual y, como bien sabemos, el contrato de trabajo es un contrato típico, en el sentido que se entiende que su perfeccionamiento y su forma de término se encuentran regulados por la ley, pero no por ello, aquellas formalidades dejan de estar insertas en su contenido, pensar que las causales de término exceden el vínculo contractual, es desnaturalizar aquél vínculo.

Cabe además, consignar, que el contrato de trabajo presenta una serie de características diferenciadoras respecto de los contratos que contienen prestaciones típicamente patrimoniales, una de ellas es el vínculo de subordinación y dependencia en el cual debe realizar su prestación el trabajador, situación de asimetría, “donde la personalidad del trabajador y su interés moral y extrapatrimonial se encuentran especialmente comprometidos y, por ello, se requiere de una intervención legislativa de protección”¹⁸³, legislación que estimamos que en el caso del vínculo laboral se incorpora directamente al contrato de trabajo, no de manera exterior, sino que a través de un contenido mínimo e irrenunciable, en cuanto, el contrato de trabajo es una regulación extensa y compleja que deviene en un estatuto permanente que requiere una racionalidad especial de apreciación

Es por estas razones, que ante una eventual lesión de un derecho de la personalidad producto de un despido culposo o doloso, pocos elementos serán exorbitantes a la esfera regulada por el contrato. Aquel amplio estatuto con la serie de remisiones normativas internas

¹⁸³ GAMONAL, SERGIO. “El Principio de Protección del Trabajador en la Constitución Chilena” Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Estudios Constitucionales. Año 11, N° 1. 2013, pág. 426.

que ostenta, está enfocado, y es producido, por la especial situación personal a la que se encuentra sujeto el trabajador respecto del esquema disciplinario impuesto por el empleador, busca además, cautelar con especial énfasis sus atributos personales, es decir, aquello que entendemos como la esfera extrapatrimonial del trabajador. Asimismo, y tal cual hemos analizado, no vemos una razón suficiente para estimar que cualquier conducta dolosa por parte del empleador, inmediata y mecánicamente remita al estatuto de responsabilidad extracontractual, como si el estatuto contractual fuera sobrepasado por solo operar en un incumplimiento contractual el factor de atribución de responsabilidad. Creemos que las fundamentaciones¹⁸⁴ que ha esgrimido la Excma. C.S. en este sentido, desdibujan la propia fisonomía del daño moral, del marco de previsibilidad, y de un elemento esencial de la responsabilidad, como lo es el criterio de atribución.

De esta manera, el daño moral que se produzca por el incumplimiento culposos, o doloso, del deber de diligencia que tiene el empleador para ejercer su legítima facultad de terminar el contrato de trabajo, se circunscribirá al interior del estatuto contractual, no por una aplicación abstracta de dicho estatuto, sino, porque es precisamente aquella esfera extrapatrimonial la que se encuentra directamente inserta en la ley del contrato, en cuanto, la regulación pública protectora son los contenidos mínimos que la cautelan y los que al momento de perfeccionarse el contrato de trabajo entre las partes, se introyectan en aquel instrumento.

Referenciados en las características del daño moral producido en ocasión del término del vínculo laboral, podemos concluir que:

- A) Bajo un contrato de trabajo, y en especial atención a la propia naturaleza de aquel vínculo, consistente en las condiciones de subordinación y dependencia de una de las partes para efectos de realizar sus prestaciones, los derechos de la personalidad del contratante más débil cobran especial relevancia respecto de otro tipo de contratos.
- B) La compensación del daño moral es una de las formas en que se expresa la protección de los derechos fundamentales, y la misma adquiere especial significación cuando tiene como antecedente un contrato de trabajo, porque este es un instrumento que regula la subsistencia económica de una de las

¹⁸⁴ Tratadas con mayor profundidad en el capítulo II de esta memoria.

partes y además la subordina al esquema disciplinario que confecciona el empleador para maximizar la rentabilidad de una determinada unidad productiva.

- C) La protección de los derechos personales del trabajador dependiente es uno de los pilares sobre los cuales se estructura el derecho laboral, “un Derecho Laboral no protector carecería de razón de ser”¹⁸⁵, gran parte de esta protección se realiza mediante la introyección de una regulación pública al interior del contenido contractual, causales taxativas de despido, indemnización por años de servicio, recargos legales, sanciones al no pago de cotizaciones, interpretación pro operario de cláusulas confusas, se configura entonces lo que en doctrina se entiende como un contrato regulado o típico.
- D) La densa esfera de relaciones personales permanentes en el tiempo, es uno de los elementos característicos del contrato de trabajo, esto genera que cualquier lesión a algún tipo de derecho fundamental que tenga como antecedente un vínculo laboral, probablemente se va a encontrar al interior del estatuto de responsabilidad contractual, descartándose entonces; hipótesis más complejas de concurso de responsabilidades, en tanto el contorno de lo regulado por el contrato de trabajo es amplio.
- E) El daño moral es diferenciable de la aflicción o dolor, existiendo entre ellos una relación género especie en el caso del *pretium doloris*. En sede laboral si existe una aflicción determinada producto de un despido abusivo, la operación correcta sería reconducirla hacia alguna especie de lesión en un derecho fundamental del trabajador, la racionalidad del Derecho del Trabajo así lo impone, coincide dicha operación con el desarrollo que ha contado la conceptualización del daño moral, como asimismo con las características del contrato de trabajo el que se configura como un instrumento que vehiculiza y distribuye colisiones de derechos.
- F) No cualquier lesión de un derecho fundamental es compensable, la pérdida de la fuente laboral es un riesgo cierto al que está expuesto todo trabajador, situación que produce profundas turbaciones en la existencia de un sujeto, esta lesión tiene que superar un determinado umbral de significancia, la referencia de dicho umbral estará determinada por los efectos que produce el

¹⁸⁵ ERMIDA, OSCAR. citado en GAMONAL, SERGIO. “El Principio de Protección del Trabajador en la Constitución Chilena” Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Estudios Constitucionales. Año 11, N° 1. 2013, pág. 430.

despido ordinario o injustificado, no los acaecidos por el despido abusivo. No existe norma alguna que deniegue la compensación del daño moral cuando interviene un daño considerable e ilegítimo a los derechos fundamentales del trabajador producto de un incumplimiento doloso o culpable respecto del deber de diligencia que tiene un empleador para ejercer sus prerrogativas de dirección.

- G) El daño moral y su forma de compensación, devela la naturaleza del contrato de trabajo y la extensión regulatoria que se estima que este ostenta por parte del legislador y de la jurisprudencia. El daño moral y las interrogantes a los que su compensación conduce, se pueden apreciar hoy en día, como un observable del tipo desarrollo que se está desplegando al interior del Derecho del Trabajo.

III.IV *Desequilibrios Específicos en el Otorgamiento de la Compensación por Daño Moral*

En virtud del desdibujamiento de las categorías que componen el juicio de responsabilidad, es posible de apreciar hoy en día, una serie de desequilibrios en las compensaciones por daño moral. En específico, cuando estas son otorgadas en razón del despido abusivo que lesiona derechos fundamentales conforme aquél es sustanciado a través del procedimiento de tutela laboral.

En el caso de la tutela laboral establecida por la Ley N° 20.087, se ha dispuesto a través del artículo 489 del Código del Trabajo la regulación del despido abusivo. “En consecuencia, si se produce un despido por cualquiera de las causales de los artículos. 159, 160, 161 y 161 bis y en este acto se transgrede un despido fundamental podrá accionarse por esta vía (...) se consagran dos figuras: *el despido atentatorio de derechos fundamentales* y *el despido discriminatorio grave*”¹⁸⁶. El listado de derechos fundamentales protegidos mediante esta vía se encuentra establecido en el artículo 485 del Código del Trabajo, entre ellos se incluyen: el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la vida privada, a la honra, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, a la libertad de conciencia y culto, a la libertad de opinión, la libertad de trabajo, el derecho a la no discriminación laboral y, finalmente, el derecho a la libertad sindical.

¹⁸⁶ GAMONAL, SERGIO. ““El Daño Moral en el Contrato de Trabajo”, Legal Publishing, 3ª Edición, 2011, pág. 149.

Cabe consignar, que con respecto al derecho a la vida y la integridad psíquica y física. El artículo en comento, en su inciso 1° indica; que estos serán resarcibles mediante aquél procedimiento, “siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral”. Creemos que aquel párrafo es redundante en el caso de la compensación por daño moral, en tanto, las reglas generales que estructuran el juicio de responsabilidad disponen que ninguna lesión es compensable si no se encuadra al interior del vínculo de causalidad. Y este sustrato fáctico impone que el daño sea directo.

Gamonal señala, que en estas normas “se consagran dos figuras: *el despido atentatorio de los derechos fundamentales* y *el despido discriminatorio grave*”¹⁸⁷, prosigue dicho autor: “por ejemplo; cuando el empleador no invoca una causal de despido hemos estimado que se trata de un despido abusivo, (...) pero, en principio, no es un despido atentatorio de los derechos fundamentales”¹⁸⁸. Los efectos de estos dos tipos de despidos serían básicamente los mismos, consistentes en el pago de la indemnización de preaviso, la por años de servicio, los recargos establecidos en el artículo 168 del Código de Trabajo y además una indemnización adicional que no puede ser inferior a un monto de 6 a 11 meses de remuneración percibida por el trabajador, con la sola salvedad que en el caso de un despido discriminatorio calificado de grave, el trabajador puede optar entre las indemnizaciones propuestas o la declaración de nulidad del despido y solicitar su reincorporación a la empresa.

Respecto de esta indemnización adicional, Gamonal ha indicado que corresponde a una verdadera compensación por daño moral porque “esta indemnización no es una simple tarificación por antigüedad, sino que deja un margen importante de apreciación al juez de la causa, acerca del daño producido, especialmente el moral”¹⁸⁹. Sería en este caso, la típica aplicación de baremos a los perjuicios morales, solución que también entrega Barros, quien analizando la experiencia en Derecho comparado señala que: “a falta de norma legal, los baremos cumplen la función de una directiva informal, que se ha mostrado muy fértil para lograr un mínimo de coherencia en la jurisprudencia”¹⁹⁰ a fin de otorgar seguridad jurídica en el desarrollo de un juicio de responsabilidad, y evitar que se otorguen compensaciones

¹⁸⁷ Ibíd.

¹⁸⁸ Ibíd. pág. 150.

¹⁸⁹ Ibíd. pág.151.

¹⁹⁰ BARROS BOURIE, ENRIQUE. op. cit. pág. 318.

excéntricas sin ningún margen de control objetivo y estandarizable, sobre el carácter de esta indemnización Gamonal ha ido desarrollando su postura desde la defensa de un tope legal de 11 meses de remuneración al monto compensable, a indicar ahora que “lo argumentado no excluye la posibilidad de añadir una indemnización excepcional siempre que el daño acreditado sea mayor que la tarifa contemplada por la ley (de hasta 11 remuneraciones)”¹⁹¹.

Ante estas definiciones, concordamos con Ugarte, quien plantea que: “en ese haz de indemnizaciones se comprende el daño económico, pero no de carácter moral: a) Una indemnización propiamente laboral, tasada a valor de un mes por año de servicios, que cubre el daño económico por el despido, b) Una indemnización sancionatoria fijada discrecionalmente por el juez que se fija en un rango que va desde seis a once meses que corresponde a una medida de sanción por la lesión del derecho fundamental. Queda pendiente la indemnización del daño moral proveniente de la lesión al derecho fundamental del trabajador”¹⁹², prosigue aquel autor con un argumento de texto, en el sentido que “precisamente, para cerrar el círculo de la reparación íntegra del daño provocado por la conducta lesiva del empleador, en este caso por el despido del trabajador, el artículo 495 del Código del Trabajo, señala que el juez debe decretar las medidas preparatorias que correspondan, “incluidas las indemnizaciones que procedan”. En el caso del despido, esta norma evidentemente se refiere a la reparación del daño moral”¹⁹³.

Aquellos argumentos pueden ser complementados, afirmando que; resulta complejo enmarcar a la indemnización adicional del artículo 489 del Código del Trabajo como una compensación por daño moral, porque es precisamente en el cálculo de la compensación por este tipo de daño, que se aplica de una manera radical el principio de igualdad entre las personas, el daño moral como expresión inmediata de la dignidad humana, prescribe en su estructura que no hay personas más valiosas que otras, puede en todo caso, configurarse una distinta intensidad en la lesión producida atendiendo la calidad y circunstancia particular de la víctima, el ejemplo clásico con el que la doctrina ilustra el punto, consiste en una lesión corporal recaída sobre la mano de un arquero de fútbol, en comparación por aquella recaída sobre la mano de una persona que no practica deporte alguno.

¹⁹¹ GAMONAL, SERGIO. “El Daño Moral en el Artículo 489 del Código del Trabajo.” RDPUCV. XLVII. 2016. 2do. Semestre. pág. 324.

¹⁹² UGARTE, JOSÉ LUIS. “Los Derechos Fundamentales del Trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral”. Ensayos Jurídicos. Universidad Alberto Hurtado. N° 2. año 2006. pág. 34.

¹⁹³ *Ibíd.*

Más allá de las apreciaciones particulares que permite el daño moral, las que siempre deberían, en la medida de lo posible; objetivarse en roles estándar. Estimamos que este tipo de daño en su propia estructuración y, en razón, de los derechos personales que cautela, no debe vulnerar el principio de igualdad, porque el mismo se despliega en el registro de los derechos fundamentales, creemos que repugna a la naturaleza de la compensación por daño moral un baremo referenciado en los ingresos remuneracionales de los lesionados porque se viola mediante aquella técnica; la igualdad radical que debe operar en los instrumentos básicos que dispone el ordenamiento jurídico para cautelar la dignidad humana. En el caso de Chile, con las enormes brechas salariales y las precarias disposiciones laborales existentes, no parece ser un criterio de justicia moderno; valorar más una lesión de un derecho fundamental de un gerente de una empresa transnacional que la de un empleado que obtiene una remuneración del mínimo legal. En un caso, con la simple estimación de 6 meses se supera largamente el máximo al que eventualmente podría acceder a título de compensación un trabajador que obtiene un ingreso mínimo, *per sé*, se establecen montos mayores, en ámbitos en los cuales: la capacidad patrimonial no debiera cumplir rol alguno.

Creemos que estas razones, también son formulables en caso de estimarse que el tope máximo de 11 remuneraciones es solo una referencia para el juez y que en la situación de acreditarse una lesión mayor, esta sería compensable por un monto superior a dicho tope. Primero, en razón que no se estima razonable establecer una presunción de un daño compensable mayor de una persona con respecto a otra en base a su capacidad patrimonial. Segundo, en razón que tampoco se estima razonable que una persona con mayor capacidad patrimonial no pueda acceder a una compensación menor a 6 de sus ingresos remuneracionales a diferencia de una persona con menor capacidad patrimonial. Tercero, tampoco parece razonable establecer los montos de las compensaciones por daño moral a los cuales pueden acceder los trabajadores sin referenciarlos en una escala común, ya que los ingresos de una persona son dispares.

Así, la indemnización adicional establecida en el artículo 489 del Código del Trabajo es una sanción penal en contra del empleador, por despidos directamente abusivos y lesivos, un refuerzo a los valores y principios que promueve el derecho del trabajo. En este caso el margen de apreciación que tiene el juez y, aquí diferimos de Gamonal, no implica que estas multas tengan el carácter de compensación por daño moral.

Cabe consignar que la naturaleza de esta indemnización aún es discutida en la jurisprudencia nacional, por ejemplo, en los autos *Negrete con Gesfor S.A*¹⁹⁴, el fallo definitivo ordenó el pago de una indemnización que calificó de “sancionatoria” correspondiente a 9 meses de remuneración del demandante conforme el artículo 489 del Código del Trabajo, no hubo en este caso; un pronunciamiento específico respecto del daño moral. Por el contrario, en los autos *Omerovich con ISS Servicios Generales*¹⁹⁵, de manera expresa, se otorgó la compensación por daño moral aparte de las remuneraciones otorgadas según el artículo 489. Finalmente, en la causa *Jara con Redbus Urbano*¹⁹⁶, el tribunal indicó que la indemnización de 6 meses otorgada conforme el artículo 489 del Código del Trabajo correspondía a daño moral.

Por más que consideremos que estas multas son una sanción penal al empleador, creemos que esta no devienen en daños punitivos, como se podría estimar *prima facie*, porque la sanción no se excede del ámbito del daño como por definición ocurre con aquel tipo de daños, también, porque “en principio, los daños punitivos no se pueden aplicar a incumplimientos en materia contractual”¹⁹⁷, y finalmente, porque uno de sus criterios deriva de “la sabiduría de aplicar castigos pecuniarios, de acuerdo con la solvencia económica de la parte culpable”¹⁹⁸, por ende, se referencian los mismos en la capacidad patrimonial del infractor antes que en los ingresos de la víctima, situación totalmente contraria a la base mediante la cual se calcula el monto de la multa dispuesta en el artículo 489.

Descartada la introducción de los daños punitivos en nuestro ordenamiento jurídico y, habiendo visto; que no toda técnica disuasoria es punitiva, ya que incluso los mismos sistemas de responsabilidad tienen un cierto rol preventivo. Creemos que estas multas, las que al día de hoy se erigen como las respuestas del Derecho del Trabajo a la vulneración de derechos fundamentales, operan alrededor del juicio de responsabilidad y, si bien, no lo

¹⁹⁴ 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. 15 de diciembre de 2011. RIT: T-385-2011. [en PODERJUDICIAL <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do>]

¹⁹⁵ 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. RIT: T-63-2011.23 de mayo de 2011. disponible en [VLEX http://app.vlex.com/#WWW/search*/T-63-2011/WWW/vid/57483173]

¹⁹⁶ 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. RIT: T-4-2009 16 de noviembre de 2009 [cita MICROJURIS MJJ22311]

¹⁹⁷ GARCÍA, LAURA y HERRERA, MARÍA. “El Concepto de los Daños Punitivos o Punitive Damages”. Revista Estudios Socio-Jurídicos. Vol.5 N°1. enero-junio. año 2003. pág. 217.

¹⁹⁸ *Ibid.* pág.218.

integran: comparten elementos. Aquellas multas como expresión del legislador especial se han terminado por configurar como un elemento propio del Derecho Laboral.

Más allá que no creamos que esta serie de multas fragmentadas en una multiplicidad de compensaciones, procedimientos y sanciones: obedezcan a una racionalidad adecuada y eficiente que cautele los derechos de los trabajadores y, que además, haga fluida la integración entre los diversos sectores del ordenamiento jurídico bajo la égida del Derecho del Trabajo. Estimamos, que en el caso específico del artículo 489 del Código del Trabajo, su intencionalidad regulatoria ayuda a despejar ciertas incógnitas sobre la naturaleza del daño moral que se puede producir en una relación laboral. Primero, porque al insertarse dicha compensación al interior de procedimiento de tutela laboral se debe acreditar una lesión a un derecho fundamental. Al efecto, Ugarte señala, que en la tutela laboral: “la conducta lesiva del empleador es un ilícito de resultado. Es, por tanto, polimórfica, pudiendo adoptar cualquier forma y contenido, pero con un resultado específico: restringir desproporcionadamente alguno de los derechos fundamentales protegidos del trabajador”¹⁹⁹. Al estar inscritos dentro de los márgenes de la tutela laboral, queda en evidencia que la naturaleza del daño moral producido al vínculo laboral, se delimita en el registro de los derechos fundamentales, porque sólo en el caso de una lesión acreditada operarán las respectivas compensaciones, elemento que estimamos como un avance en la conceptualización y categorización de los perjuicios morales en sede laboral. Segundo; porque pone en el centro del contrato de trabajo los derechos fundamentales, el resultante es un avance en la conceptualización de lo regulado por aquel vínculo contractual, y en la eficacia horizontal de aquel tipo de derechos.

Estos dos avances; lo compensable es la lesión de un derecho fundamental, el contrato de trabajo está imbuido de un contenido constitucional, son importantes para el desarrollo del Derecho del Trabajo, en el desarrollo de su vocación integradora y sistematizadora respecto del ordenamiento jurídico y, también, en las soluciones y criterios jurídicos que desde esta área y su especial perfilamiento se pueden arribar, un avance dogmático claro, que se traduzca, a su vez, en fallos fundamentados, que se detengan ampliamente en la naturaleza de la relación laboral supondría beneficios para todo el campo del Derecho.

¹⁹⁹ UGARTE, JOSÉ LUIS. “Los Derechos Fundamentales del Trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral”. Ensayos Jurídicos. Universidad Alberto Hurtado. N° 2. año 2006. pág. 18.

Se avanzaría, si hacia allá nos queremos dirigir: en la interpretación de las colisiones de derechos fundamentales entre quienes son desiguales, en cómo se integra el contenido constitucional hacia el vínculo contractual, en la incesante labor de unificación del Derecho.

CONCLUSIONES.

El contrato de trabajo por su propia estructura, tiene un perfilamiento complejo, en tanto, está constituido por una relación asimétrica que ha dado nacimiento a toda una legislación de carácter protector que permea todo el ámbito contractual y que lo regula desde el exterior, como también desde el interior, esta legislación proviene desde el Derecho del Trabajo, como desde la Constitución. Es la aplicación de todo este verdadero estatuto, lo que se presenta hoy como un desafío sobre el cual nuestros tribunales laborales se deben pronunciar. Aquella tarea, en cuanto más se desarrolle, más remisiones y dimensiones abrirá respecto de los elementos fundamentales del contrato de trabajo.

En específico, cuando delineamos el carácter particular que presenta la fisonomía del daño moral con ocasión del término del vínculo laboral. Entramos también a preguntarnos sobre la naturaleza del Derecho Laboral, sobre sus contornos en relación con el Derecho privado y público.

A su vez, respecto del contrato de trabajo, también se abren interrogantes. Algunas relacionadas con el marco de obligaciones recíprocas que aquel instrumento genera, como también sobre la forma en que el contrato integra y balancea en su interior, a distintos campos del Derecho que intervienen directa o indirectamente en su extensión regulatoria.

Hemos dilucidado, que el daño moral producido al término de un contrato de trabajo, en particular, aquel que es producto de un incumplimiento de la especial obligación de diligencia que pesa sobre el empleador al hacer uso de sus facultades de dirección para terminar un contrato de trabajo: es de carácter contractual. Esta afirmación, es posible de sostenerse en base a la racionalidad subyacente al contrato de trabajo. En su elemento diferenciador respecto de los demás contratos patrimoniales que involucra una serie de derechos fundamentales que se «modulan» en las prestaciones que se generan, aquellos derechos que finalmente se terminan por configurar: como aquel núcleo irreductible para el

poder de dirección del empleador, y que además le imponen a dicho poder, una actuación dentro de los márgenes que estos le delimitan.

Esta colisión de derechos entre la libertad económica y la propiedad por el lado del empleador, y las garantías que resguardan la esfera más íntima de la personalidad por el lado del trabajador, son el contenido más denso del contrato de trabajo, confrontación propia de la racionalidad del Derecho Laboral, que en la discusión sobre la procedencia de los daños morales se expresa en toda su magnitud.

Mientras mayor sea la asimetría entre las partes contratantes, con mayor intensidad se aplicará la eficacia de los derechos fundamentales al interior del vínculo contractual asistiendo a la parte más débil, esta es una de las adecuaciones que el juez debe realizar en un ejercicio de ponderación de derechos, en el momento en que existe como antecedente un contrato de trabajo. Además, de la eficacia directa de los derechos fundamentales, es claro que por la aplicación del artículo 1546 del Código Civil este obliga más que a lo dispuesto expresamente por las partes, expandiendo así, el contenido del objeto del contrato, a la naturaleza del vínculo suscrito y a la legislación vigente. Es posible entonces, efectuar una lectura en rango legal que introduzca directamente el contenido ético-jurídico al contrato de trabajo.

El carácter contractual del daño moral producido al término del vínculo laboral, permite enriquecer el contrato suscrito entre empleador y trabajador. Implica este reconocimiento, una conceptualización del contrato de trabajo como un instrumento que regula un contenido que excede ampliamente una mera prestación de carácter patrimonial. A su vez, esta conceptualización conlleva realizar juicios de responsabilidad más estrictos, en el sentido, que no se distorsionan los elementos que lo componen —causalidad, previsibilidad, culpa, dolo, tipo de daño, etc. — Situación en la que estimamos ha incurrido la jurisprudencia nacional, al establecer un criterio extracontractual de compensación del daño moral generado con ocasión del despido antifuncional y/o abusivo. Esta solución ha terminado por confinar al daño moral a una especie de sanción penal dependiente totalmente del dolo, empobreciendo el contenido del contrato de trabajo, al minimizar la eficacia de su elemento diferenciador —los derechos personales involucrados—, el que bajo este registro pasa a ser expulsado del contrato. Una solución, que de modo sorprendente, es la contraria a

la formulada en materia civil, y en donde, a *prima facie*, una lesión extrapatrimonial compensable, es más compleja de determinar que en materia laboral.

La jurisprudencia ha indicado, que el registro extracontractual se deriva de la imprevisibilidad para el legislador de un despido calificado de abusivo, resortes que exceden cualquier margen contractual. Hemos afirmado —al contrario de lo que se ha impuesto en nuestros tribunales—, que el ejercicio de previsibilidad, más que un elemento radicado abstracta y genéricamente en el legislador, es una cuestión de orden concreto y radicado en las partes y en el vínculo causal, como ejercicio previo de representación, como también en el juez, en el análisis de culpabilidad, en cuanto ejercicio posterior.

De esta manera, la compensación por daño moral es parte consustancial del contrato de trabajo, y expresa en su eminente estatuto contractual, todos los matices que se generan en la aplicación concreta del principio de reparación integral del daño. Existe al interior del contrato de trabajo un delicado y tenso equilibrio entre la elasticidad de los principios propios del Derecho privado y las garantías y principios protectores que asisten a quien en este tipo de instrumento tiene regulada su situación de vida. Esta memoria busca ser un aporte para dilucidar criterios de equilibrio y aplicación del Derecho en sede laboral, el que en estos registros tiene una especial vocación sistematizadora e integradora.

BIBLIOGRAFÍA

ALAMEDA, MARÍA TERESA. “Repensando el Modelo de Tutela Resarcitoria en la Vulneración de Derechos Fundamentales Inespecíficos en el Contrato de Trabajo” Revista de Derecho Social, Editorial Bomarzo. N°66. 2014. págs. 35-58.

BAHAMONDES, CLAUDIA “Daño Moral por Despido Injustificado” Cuaderno de Análisis Jurídicos. Colección de Derecho Privado. Universidad Diego Portales. 2004. págs. 253-270.

BANFI, CRISTIÁN. “Por una Reparación Integral del Daño Extracontractual Limitada a los Hechos Dolosos o Gravemente Negligentes.” Revista *Ius et Praxis*. Universidad de Talca, Año 18, N° 2. 2012. págs. 3-32.

BARRIENTOS, MARCELO. “Del Daño Moral al Daño Extrapatrimonial: la Superación del *Pretium Doloris*.” Revista Chilena de Derecho. Vol. 35. N° 1. 2008. págs. 85-106.

BARROS BOURIE, ENRIQUE. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual.” Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. 2010.

BOETSCH GILLET, CRISTIÁN. “La Buena Fe Contractual.” Editorial Jurídica de Chile. 2011.

CARDENAS, HUGO. “Daño Moral por Incumplimiento de Contrato: Un Réquiem por la Uniformidad Jurisprudencial: (Comentario a Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de diciembre de 2005).” Revista Chilena de Derecho. Universidad Católica de Chile. vol.33. n.3. 2006. págs. 585-593.

CONDE MARÍN, EMILIA. “Derechos y Obligaciones del Trabajador”. Lecciones del Contrato de Trabajo, Materiales adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior, Editorial Dykinson. 2014. págs. 109-121.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Concurrencia de Acciones de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en los Daños Causados por los Accidentes del Trabajo”. Revista Chilena de Derecho Privado. Fundación Fernando Fueyo Laneri. Universidad Diego Portales. N° 14. 2010. págs. 69-107.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual”. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. 2004.

COVARRUBIAS, IGNACIO. “El Test de Proporcionalidad que se Promueve en la Tutela de Derechos Fundamentales y las Premisas a las que se Adhiere”. RDPUCV. XLV. 2do. Semestre. 2015. págs. 261-287.

DE LA VILLA, LUIS ENRIQUE y SAGARDOY, JUAN ANTONIO. “El Derecho del Trabajo a mi 80 Años.” Editorial Universitaria Ramón Areces. 2015.

DOMÍNGUEZ, CARMEN. “La Reparación del Daño Moral Derivado del Contrato en el Derecho Civil Chileno: Realidad y Límites”. Cuadernos de Análisis Jurídicos III. Colección de Derecho Privado, Universidad Diego Portales. 2006. págs. 227-244.

FIGUEROA, GONZALO. “Curso de Derecho Civil. Tomo IV” Editorial Jurídica de Chile, 1º Edición. 2012.

GAMONAL, SERGIO. “El Principio de Protección del Trabajador en la Constitución Chilena.” Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Estudios Constitucionales. Año 11. Nº 1. 2013. págs. 425-458.

GAMONAL, SERGIO. “El Daño Moral en el Contrato de Trabajo.” Legal Publishing. 3ª Edición. 2011.

GAMONAL, SERGIO. “El Daño Moral en el Artículo 489 del Código del Trabajo” RDPUCV. XLVII. 2016. 2do. Semestre. págs. 305-327.

GARCÍA, LAURA y HERRERA, MARÍA. “El Concepto de los Daños Punitivos o *Punitive Damages*”. Revista Estudios Socio-Jurídicos. Vol.5 Nº1. enero-junio. 2003. págs. 211-229.

GOÑI, JOSÉ LUIS. “Nuevas Tecnologías Digitales, Poderes Empresariales y Derechos de los Trabajadores: Análisis desde la Perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016” Editorial Bomarzo. Revista de Derecho Social. Nº 78, abril 2017. págs. 15-42.

HUMERES, HECTOR. “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo II.” Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición. 2010.

IRURETA URIARTE, PEDRO. “Vigencia del Principio de la Buena Fe en el Derecho del Trabajo Chileno.” Revista Ius et Praxis. Año 17. N° 2. 2011. págs. 133-188.

JARA PACHECO, CAMILO. “Revisión Crítica a los Presupuestos Clásicos de Responsabilidad Civil en Materia de Causalidad, Previsibilidad y Negligencia”. [En línea] Memoria Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile: Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2015. [Fecha consulta: 16 de mayo 2018]. Disponible en: [<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/130056>]

MANEIRO, YOLANDA. “El Derecho a la Indemnización por Daños Morales como Consecuencia de la Lesión de la Libertad Sindical a la Luz de la Sentencia TC 247/2006, De 24 De Julio”. Revista Dereito. Universidad de Santiago de Compostela. Vol. N° 22. Noviembre. 2013. págs. 245-263.

MCLUHAN, MARSHALL. “Comprender los Medios de Comunicación. Las extensiones del Ser Humano.” Ediciones Paidós Ibérica S.A. y Editorial Paidós. 1° Edición. 1996.

MELLA, PATRICIO y DOMINGUEZ, ALVARO. “Conflicto de Derechos Constitucionales y Juicio de Tutela Laboral en Chile: Estado Doctrinal, Legal y Jurisprudencial.” RDPUCV. XXXIX. 2012. 2do. Semestre. págs. 177-219.

MELIS VALENCIA, CHRISTIAN. “Derechos de Ciudadanía y Empresa: Apuntes para una Configuración Dogmático-Jurídica”. [En línea]. [Fecha consulta: 19 de marzo 2018]. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-channel.html> URL: http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf

MORENO GARCÍA, ANTONIO. “La Buena Fe y los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Revista Española de Derecho Constitucional. N°38. 1993. págs. 263-295.

NEGRI, ANTONIO. “Biocapitalismo. Entre Spinoza y la Constitución Política del Presente.” Editorial Quadrata. 1ra. Edición. 2014.

PINO EMHART, ALBERTO. “Entre reparación y Distribución de la Responsabilidad Civil Extracontractual como Mecanismo de Distribución de infortunios.” RchDP. N°21. Diciembre. 2013. págs. 89-135.

RUTHERFORD, ROMY. “La Reparación del Daño Moral Derivado del Incumplimiento Contractual, Tendencia en la Reciente Jurisprudencia Nacional y Española” Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile. 2013. vol. 40. N°2. págs. 669-689.

THAYER, WILLIAM y NOVOA, PATRICIO. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo III.” Editorial Jurídica de Chile. 4ª Edición. 2010.

TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL. “La Vulneración del Derecho a la Intimidad por Delatadores, Detectives Privados y Medios Tecnológicos” Editorial Bomarzo. Revista de Derecho Social. N° 71. Julio 2015. págs. 55-78.

UGARTE, JOSÉ LUIS. “Los Derechos Fundamentales del Trabajador y la Buena Fe en el Debate Español.” RDPUCV. XXXVI. 2011. 1er. Semestre. págs. 141-164.

UGARTE, JOSÉ LUIS, “La Tutela de los Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: de Erizo a Zorro” Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XX, N° 2. Diciembre 2007. págs. 49-67.

UGARTE, JOSÉ LUIS. “Los Derechos Fundamentales del Trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral”. Ensayos Jurídicos. Universidad Alberto Hurtado. N° 2. 2006. págs. 1-36.

URRITIKOETXEA, MIKEL. “Acoso Laboral y Lesión de Derechos Fundamentales.” Editorial Bomarzo. 2014.

VALDÉS DAL RE, FRANCISCO. “Contrato de Trabajo, Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador y Poderes Empresariales: Una Difícil Convivencia.” Editorial Wolters Kluwer. Revista de Relaciones Laborales. N° 2. 2003. págs. 89-176.

VALVERDE, MARTÍN. “Constitucionalidad y Legalidad en la Jurisprudencia Constitucional sobre Condiciones de Empleo y Trabajo. Un Estudio a través de Sentencias Recientes”. Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. N°73. Mayo de 2008. págs. 13-49.

JURISPRUDENCIA

Excma. C.S. 22 de mayo de 2007. ROL: 3842-2006 disponible en [VLEX <https://app.vlex.com/#WW/search/contenttype:2/3842-2006/WW/vid/332815146>]

Excma. C.S. 19 de Noviembre de 2010. ROL: 5485-2010 [MICROJURIS MJJ25460]

Excma. C.S. 4 de abril de 2011. ROL: 7270-2009 [MICROJURIS MJJ26575]

Excma. C.S. 23 de octubre de 2012. ROL: 8871-2009 [MICROJURIS MJJ35509]

Excma. C.S. 7 de octubre de 2014. ROL: 2746-20014 [MICROJURIS MJJ39214]

Ilma. C.A. Antofagasta. 4 de enero de 2017. ROL: 247-2016 [MICROJURIS MJJ48023]

Ilma. C.A. Valparaíso. 15 de septiembre de 2010. ROL 227-2010 [MICROJURIS MJJ48023]

2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. RIT: T-4-2009 16 de noviembre de 2009 [MICROJURIS MJJ22311]

2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. 15 de diciembre de 2011. RIT: T-385-2011. [En PODERJUDICIAL <http://laboral.poderjudicial.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do>]

1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. 23 de mayo de 2011. RIT: T-63-2011. Disponible en [VLEX http://app.vlex.com/#WW/search/*T-63-2011/WW/vid/57483173]