

ACOSO LABORAL: ACCIONES JUDICIALES Y LA PROCEDENCIA DEL DAÑO MORAL

Valeria Cecilia Zúñiga Aravena

Juez Titular de Letras del Trabajo Concepción
Magister en Derecho del Trabajo y Previsión Social
por la Universidad de Concepción.

vzunigaa@gmail.com

RESUMEN

Este trabajo define el acoso laboral y sus elementos, según lo dispuesto en la Ley N° 20.607, indicándose las acciones procedentes para el trabajador víctima de acoso laboral en el Procedimiento de Aplicación General, Monitorio y en el de Tutela Laboral, refiriéndonos en cada uno de ellos acerca del legitimado pasivo de la acción, el peso de la prueba y su valoración, así como la procedencia de la acción indemnizatoria por daño moral en cada uno de estos. Lo que se busca es discernir en forma práctica cuáles son los caminos con que cuenta el trabajador víctima de acoso laboral para obtener su prevención, sanción y resarcimiento, dilucidando si existe una acción procesal especial de acoso laboral.

Palabras clave: *acoso laboral, acciones de despido indirecto, tutela de derechos fundamentales, daño moral.*

ABSTRACT

This paper defines the workplace harassment and its elements, pursuant to the law N° 20.607, indicating the actions to the victim of workplace harassment in the General application procedure and the labour protection, and also review the appropriateness of the compensation action moral for each of these roads. What is being sought is to discern in a practical way what are the ways available to the worker victim workplace harassment for the prevention, punishment and compensation, clarifying if there is a special procedural action of harassment at work.

Keywords: *workplace harassment, actions of constructive dismissal, protection of fundamental rights, moral damage.*

1. INTRODUCCIÓN.

El Poder Judicial es el encargado de garantizar que el Estado y otros agentes respeten los derechos fundamentales, al tiempo que dicta decisiones pertinentes para el caso de que estos derechos sean violados. Por eso, cuando los fallos de los tribunales se refieren a los derechos fundamentales se pone de manifiesto que tales derechos pueden hacerse valer judicialmente. Así, siendo el acoso laboral contrario a la dignidad de los trabajadores y al trato digno que debe primar en la relación con el empleador, circunstancia respecto de la cual se deben pronunciar los tribunales, parece importante dedicarnos, desde un punto de vista práctico, al estudio de las acciones disponibles para las víctimas de esta clase de vulneraciones, como a su derecho a reclamar la indemnización por posibles daños que estos actos ilegítimos les provoquen. Debemos recordar que es precisamente en la relación contractual de trabajo en que tales eventos pueden ocurrir frecuentemente a través de actos ejecutados por el empleador en contra de los trabajadores, dada la desigualdad sustantiva y real en que se encuentran estos últimos frente al primero. Fundamento ligado a la razón de ser del derecho del trabajo. Analizaremos en cada procedimiento del Código del Trabajo, ya sea Procedimiento de Aplicación General, Procedimiento Monitorio y de Tutela Laboral, cuál es la acción que debe deducirse, su legitimado activo y pasivo, el peso de la prueba y la posibilidad de obtener su reparación, ya sea por daños materiales o morales, refiriéndonos también a la posibilidad de demandar la prevención de estos actos como riesgos psicosociales.

2. DEFINICIÓN Y ELEMENTOS PARA CONFIGURAR EL ACOSO LABORAL.

La Ley N° 20.607¹, publicada el 8 de agosto de 2012, define los actos de acoso laboral como contrarios a la dignidad de la persona, entendiendo por tal “*toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo*”, agregando un inciso segundo al artículo 2° del Código del Trabajo.

Además, lo incluye en el artículo 160 N° 1 letra f) como causal de despido sin derecho a indemnización alguna y en el artículo 171 como causal para el despido indirecto del trabajador, disponiendo en su inciso segundo que “*el trabajador afectado podrá reclamar del empleador, simultáneamente, las otras indemnizaciones a que tenga derecho*”. Con

¹ Ley N° 20.607, Modifica el Código del Trabajo, Sancionando las Prácticas de Acoso Laboral, de 8 de agosto de 2012, en www.bcn.cl [Consulta: 22 de abril de 2014]

anterioridad a su publicación y de la Reforma Laboral dispuesta por las leyes N° 22.022², N° 20.087³, N° 20.174⁴, N° 20.175⁵, N° 20.252⁶, N° 20.260⁷ y N° 20.287⁸, aun cuando existía una ausencia de tipificación expresa, ello no había sido óbice para su sanción por vía judicial, ya sea a través del Procedimiento de Aplicación General o en el denominado Procedimiento de Tutela Laboral.

El nuevo texto de por sí apunta que el acoso laboral es incompatible con la dignidad humana, asumiendo que lesiona derechos fundamentales y que puede configurarse por medio tanto de acciones como de omisiones, exigiéndose que deben ser reiteradas. Este tipo de actos al tener un resultado de menoscabo, maltrato o humillación, amenaza o daña al trabajador en sus oportunidades en el empleo, puede lesionar una pluralidad de derechos fundamentales de la víctima, tales como su derecho a la integridad psíquica y física, derecho a la no discriminación, derecho a la honra, derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada u otros.

El ofensor puede ser tanto el empleador como otro trabajador, existiendo el “acoso vertical” y el “acoso horizontal o mixto”. Este último se define como aquel que comienza como un acoso laboral horizontal, pero posteriormente, tomado conocimiento de los actos que lo constituyen por el empleador, en vez de intervenir a favor de la víctima no adopta ninguna medida para solucionar la situación, sin perjuicio de que pueda existir hostigamiento

² Ley N° 20.022, Crea Juzgados Laborales y Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional en las Comunas que Indica, de 30 de mayo de 2005, en www.bcn.cl [Consulta: 22 de abril de 2014]

³ Ley N° 20.087, Sustituye el Procedimiento Laboral Contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, de 3 de enero de 2006, en www.bcn.cl [Consulta: 22 de abril de 2014].

⁴ Ley N° 20.174, Crea la XIV Región de Los Ríos y la Provincia de Ranco en su Territorio, de 5 de abril de 2007, en www.bcn.cl [Consulta: 22 de abril de 2014]

⁵ Ley N° 20.175, Crea la XV Región de Arica y Parinacota y la Provincia del Tamarugal en la Región de Tarapacá, de 11 de abril de 2007, en www.bcn.cl [Consulta: 22 de abril de 2014]

⁶ Ley N° 20.252, Modifica la Ley N° 20.022 y otros Cuerpos Legales con el Objeto de Reforzar la Judicatura Laboral, de 15 de febrero de 2008, en www.bcn.cl [Consulta: 22 de abril de 2014]

⁷ Ley N° 20.260, Modifica el Libro V del Código del Trabajo y la Ley N° 20.087, que establece un Nuevo Procedimiento Laboral, de 29 de marzo de 2008, en www.bcn.cl [Consulta: 22 de abril de 2014]

⁸ Ley N° 20.287, Adecua Normas sobre Procedimiento Laboral contenidas en el Libro V del Código del Trabajo, Modificado por la Ley N° 20.087, de 17 de septiembre de 2008, en www.bcn.cl [Consulta: 22 de abril de 2014]

directo de su parte, configurándose complicidad entre los agresores. Pudiendo también tener sentido a la inversa⁹.

Su verbo rector es “agredir u hostigar”, debiendo entenderse tales acepciones en su sentido natural y obvio, esto es, debe tratarse de una agresión física, molestias o burlas insistentes o incitación a hacer algo, asumiendo el Código del Trabajo un criterio amplio en cuanto a las conductas que podrían configurar tal agresión u hostigamiento, las que pueden ejecutarse “por cualquier medio”, siendo lo importante la agresión y el resultado lesivo. Pudiendo, entonces, abarcar cualquier tipo de comportamiento en contra de la víctima, pero siempre con un resultado específico, ya sea menoscabándolo, maltratándolo o humillándolo o dañándolo en sus oportunidades en el empleo. Tratándose, en consecuencia, de un ilícito de resultado y no de actividad¹⁰. Lo que significa que una vez configuradas las conductas agresivas o los hostigamientos reiterados y provocados los resultados indicados, estaremos frente a una forma de acoso laboral. Tanto respecto de las conductas agresivas como de los hostigamientos se exige que sean “reiterados”, implicando una persecución a la víctima, excluyéndose acciones aisladas o esporádicas, aun cuando la propia voz “acoso” da cuenta de lo mismo. En ello se vislumbra una diferencia con el acoso sexual, que puede configurarse incluso con un solo acto.

Su resultado, como ya lo dijimos, debe ser “lesivo”, partiendo de la base de que se relaciona con la afeción de uno o varios derechos fundamentales y no con un daño psíquico o físico en concreto¹¹. La Dirección del Trabajo en su dictamen N° 3510/034, de 9 de agosto de 2012, define lo que debe entenderse por la expresión “*o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo*”, ilustrando aquello con la utilización del acoso laboral como un medio para inducir a que la víctima renuncie a su empleo, con lo cual perdería el reconocimiento de los derechos laborales asociados a la antigüedad, en particular, la indemnización por años de servicio, o bien, para afectar derechos que se le reconocen a la víctima del acoso en razón de su estado o actividad, como ocurre con el fuero maternal o sindical. Estos ejemplos citados por la Administración aparecen más bien como daños directos que como una amenaza o riesgo y, disintiendo con la Dirección del Trabajo, pensamos que a lo que en realidad se apunta en la definición es a

⁹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “La tipificación y sanción del acoso laboral en Chile: Un ejemplo de cómo retroceder en el resguardo de los derechos fundamentales”, en *Revista Estudios Laborales*, 7, Sociedad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, (2012), pp. 179-202.

¹⁰ UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009, p. 38.

¹¹ CAAMAÑO ROJO, *op. cit.*, pp. 179-202.

la ejecución de actos indirectos constitutivos de acoso laboral, como sería si se le impide al trabajador capacitarse y con ello obtener un aumento de remuneraciones.

3. ACCIONES PROCEDENTES PARA LA VÍCTIMA EN CASO DE ACOSO LABORAL

En este escenario, sin perjuicio de la importante labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo y de la posibilidad siempre vigente constituida por el Recurso de Protección, actualmente los caminos con que cuenta el trabajador en el marco de la relación laboral frente a este tipo de vulneración a su dignidad pueden sintetizarse en los siguientes:

3.1 Procedimiento de Aplicación General

No cabe duda de que tratándose de acciones declarativas de acoso laboral con una cuantía superior a 10 Ingresos Mínimos Mensuales el procedimiento a aplicar, en caso de optar el trabajador por esta vía procesal, es este de Aplicación General, debiendo distinguirse si la relación laboral se encuentra vigente o no.

a) Estando vigente la relación laboral

La acción a deducir deberá corresponder a una declarativa de la existencia de acoso laboral en contra del empleador conjuntamente con la petición de resarcimiento del daño a través de una acción de indemnización de perjuicios por daño material o moral, siempre por una suma superior a 10 Ingresos Mínimos Mensuales.

Esta acción la puede deducir el trabajador fundado en el acaecimiento de actos calificados como acoso laboral, sin distinción de si se trata de acoso vertical o mixto, ya que el sujeto activo puede ser el empleador, sus representantes o los otros trabajadores. Pensamos que aun cuando el victimario del acoso puede ser el empleador, sus representantes o los otros trabajadores, el demandado siempre debe ser el empleador, ya que en relación con este es que tiene competencia el Juzgado del Trabajo, dada la configuración de una responsabilidad de carácter contractual, según lo dispuesto en el artículo 420 letra a) del Código del Trabajo. Pese a que como victimario del acoso laboral el artículo 2° del Código Laboral incluye al empleador como también “a uno o más trabajadores”, ello no significa que, en caso de ser otros trabajadores los sujetos activos de la conducta que se persigue, ellos deban ser los demandados como legitimados pasivos de la acción entablada. Se incluyen en la norma para distinguir el tipo de acoso, pero el demandado en sede laboral siempre debe ser el empleador para lograr configurar la responsabilidad contractual, excluyéndose el acoso meramente horizontal. Sin perjuicio de otras acciones en sede civil que puedan existir en su contra.

La Corte de Apelaciones de Concepción¹² ha incluido como actos de acoso de la persona jurídica del empleador aquellos realizados por un superior de la víctima, fundándose para ello en que, en el plano laboral, los actos del superior son actos del empleador quien ha entregado la labor de dirección al actor directo del acoso. Es decir, se trata de personas que, conforme al artículo 4° del Código del Trabajo, representan de pleno derecho al empleador y, en consecuencia, cualquier acto de acoso realizado por estos corresponde a un acto propio del empleador. Este razonamiento no excluye el anterior porque, obviamente, a quien se debe demandar como legitimado pasivo es al empleador por actos cometidos por quien lo representa y no al trabajador victimario, con quien ningún vínculo contractual se posee.

En lo relacionado con la carga de la prueba en esta acción, esta recae sobre el propio trabajador y será él quien deba alegar y acreditar con prueba directa cada uno de los presupuestos del acoso laboral que denuncia y que se encuentran contenidos en el artículo 2° del Código del Trabajo, esto es, la agresión y hostigamiento reiterado y el resultado de menoscabo, maltrato o humillación, o bien la amenaza o perjuicio de la situación laboral o las oportunidades en el empleo. Teniendo presente en cuanto a su resultado –como esta figura se tipifica por él–, que éste debe ser probado y, acreditado el acoso laboral, no se hace necesario probar la lesión de algún derecho fundamental de la víctima, como la afectación a su integridad física o psíquica, ya que tal exigencia no se encuentra dentro de los supuestos de la norma, siendo erróneo solicitar tal actividad probatoria. Frente a ello el empleador tendrá la oportunidad de desvirtuar cada uno de estos presupuestos para ser exonerado de la calificación de acoso laboral. Debiendo precisar que si se trata de un acoso mixto, como el empleador no resulta el sujeto activo de la conducta, debe únicamente acreditar que conocido el acoso laboral por la denuncia del trabajador adoptó las medidas necesarias y adecuadas para protegerlo.

Se debe advertir que en esta acción iniciada a través del Procedimiento de Aplicación General nos encontramos con el problema de que acreditada la existencia del acoso laboral, al no contemplar la Ley N° 20.607 ninguna obligación del empleador para asumir actividades preventivas ni la exigencia de contener en el Reglamento Interno de la empresa un mecanismo para conocer y sancionar estas conductas, únicamente podría el trabajador obtener una declaración de la existencia del acoso, sin que finalmente sea castigado.

Aun así, el trabajador está habilitado para impetrar el resarcimiento de su daño, ya sea material o moral, producto de esta conducta. Desde esta perspectiva y siguiendo las normas y principios de responsabilidad civil aplicables al contrato de trabajo, teniendo en

¹² Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 382-2013, sentencia de 13 de enero de 2014. Disponible en: <http://www.poderjudicial.cl> [Consulta: 25 de abril de 2014]

consideración su especial contenido ético jurídico y la buena fe que debe existir en su ejecución, incluido el principio de la reparación integral del daño, los derechos fundamentales que rigen la relación jurídico laboral, reconocidos en el artículo 2° inciso segundo, como en el artículo 5° inciso primero, 145-A, 154 inciso final, 154 bis, 183 y 183 A y B, artículos 485 y siguientes relativos al Procedimiento de Tutela Laboral, todos del Código del Trabajo, es posible concluir según una interpretación finalista la posible configuración de daño moral para el trabajador en casos en que, a consecuencia o con ocasión de la ejecución del contrato de trabajo, el empleador incurre en conductas que configuran una vulneración a un derecho fundamental, como es el caso del acoso laboral. No pudiendo excluirse que aquel solicite la reparación del daño conjuntamente con su acción de acoso laboral, siendo competente el Juzgado del Trabajo respectivo, tal como lo deja asentado la Corte Suprema en Recurso de Casación en el Fondo acogido, ya en el año 2010¹³.

Agregamos a ello que en la hipótesis de generarse un daño para el trabajador por esta conducta ilegal, este debe ser resarcido. En esta materia, como lo sostiene el profesor Ramón Domínguez¹⁴, al no existir en nuestra legislación un concepto claro del daño, concibiéndoselo como una idea abierta que finalmente es una simple cuestión de hecho y no jurídica, sin que se exija jurisprudencialmente que se trate de la pérdida de un derecho, bastando la simple lesión de un interés, sea material o moral, claramente nace en estos casos la posibilidad de solicitar la reparación a lo menos del daño moral.

Ahora, la generalidad de las demandas en este rubro fundan la acción indemnizatoria que pretende el trabajador en un menoscabo a su integridad física o psíquica por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo, por lo que será el empleador quien deberá acreditar que adoptó todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud del primero, informándole los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas. En esta hipótesis, no existiendo un sistema especial de responsabilidad civil laboral y aceptando su connotación de responsabilidad contractual, corresponde aplicar la regla del artículo 1547 del Código Civil. Con lo que cabe concluir que en este tipo de responsabilidad el incumplimiento de las obligaciones se presume. De manera que al que reclama sólo le incumbe probar la existencia de la obligación, mas no que el incumplimiento sea culpable. En cambio, el empleador que pretende liberarse de responsabilidad deberá probar haber dispuesto de

¹³ Corte Suprema, Rol N° 2715-2010, sentencia de fecha 18 de agosto de 2010. Disponible en: <http://www.poderjudicial.cl> [Consulta: 25 de abril de 2014]

¹⁴ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "El daño en el Derecho Civil Chileno", en *Revista Anales Derecho UC: Temas de Responsabilidad Civil*, 1, (2006), p. 259.

todas las medidas adecuadas para entender cumplido el deber de diligencia exigido por la ley.

La prueba de la diligencia excusa del deber de reparar, ya que la prueba de la diligencia debida o cuidado incumbe al que ha debido emplearla, esto es, al empleador. Es él quien debe desvirtuar la presunción de culpa, y la prueba que produzca debe provocar la convicción en el tribunal de que empleó la debida diligencia. Entendiéndose que el deudor del deber de seguridad responde hasta de la “culpa levísima”, debiendo probar con un nivel extremo y severo que las medidas de prevención, capacitación y seguridad adoptadas, no sólo en lo formal sino que en lo sustancial, tienen un elemento indiscutible de idoneidad para evitar el resultado dañoso.

En los casos de acoso vertical, como se trata de un incumplimiento al deber de seguridad por actos propios del empleador que se califica por el resultado, al encontrarse configurado el menoscabo, maltrato o humillación o la amenaza o perjuicio de la situación laboral del trabajador o sus oportunidades en el empleo, elementos que forman parte de su tipificación, al empleador le será difícil exonerarse de culpa y de su consecuente responsabilidad. A menos, pensamos, que no exista relación de causalidad entre el incumplimiento culpable y el daño que el actor alega y que se pretende indemnizar. Para poder atribuir responsabilidad al empleador –vale para cualquier clase de acoso–, no se debe olvidar que, según las reglas de responsabilidad contractual, debe el daño ser efecto de la culpa, o sea, una consecuencia lesiva producida por esta conducta al trabajador. Debe existir relación de causalidad entre el hecho ilícito y el resultado dañoso.

En el acoso laboral mixto la tarea del empleador para exonerarse de culpa parece más factible, ya que consistirá en que previno tales conductas mediante el cumplimiento de lo impuesto en su Reglamento Interno, capacitando a sus trabajadores en torno a este tema y, fundamentalmente, en que conociendo la conducta ilícita por la denuncia del trabajador, adoptó las medidas necesarias e idóneas para protegerlo. Por ende, su responsabilidad únicamente surge desde que tuvo conocimiento de la denuncia, ya que a lo imposible nadie está obligado. No se le podría exigir una actitud distinta al tratarse de actos de otros trabajadores y no de actos propios, como en el acoso vertical. Ejemplos de ello pueden ser la separación inmediata del trabajador de su supuesto acosador, iniciando la investigación pertinente y, en su caso, la aplicación de medidas disciplinarias contenidas en este Reglamento. Debiendo tener en consideración que en estos casos es fundamental la autotutela de la víctima, quien debe denunciar los malos tratos a que se ve expuesta por parte de otros trabajadores, ojalá en su primera etapa para que no se conviertan en reiterados y se logre adoptar medidas oportunas. Ello, si bien no constituye la forma más eficiente de prevenir y evitar el acoso, al menos pondrá en conocimiento del empleador el hostigamiento, dándole la posibilidad de protección para el trabajador.

Apreciada por el juez la prueba rendida por la demandada conforme a las reglas de la sana crítica y si esta no resulta capaz de acreditar que el empleador adoptó todas las medidas necesarias para evitar el acoso laboral de que fue víctima el trabajador o su protección, al ser inidóneas e insuficientes las ejecutadas, surge clara la presunción de culpa levísima del empleador, debiendo declararse que este no obró con la suma diligencia y cuidado que le impone el artículo 44 del Código Civil, es decir, con “*aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes*”. Concluyéndose que el acoso laboral que sufrió el demandante se debió a culpa de la demandada al no adoptar eficazmente todas las medidas para que el actor trabajase en condiciones de seguridad, correspondiendo determinar si se concede o no a la víctima la indemnización por daño que reclama. Para ello, esta siempre debe acreditar el resultado dañoso que alega rindiendo la prueba adecuada, esto es, demostrando en qué consiste su reparación, porque su valor de estimación –se ha dicho– no requiere prueba al presumirse de acuerdo a las circunstancias del caso, pero siempre recordando que solo pueden ser daños los menoscabos que exceden la medida de la normalidad.

b) En el término de la relación laboral por el trabajador

La acción deberá ser obviamente la de despido indirecto por la causal del artículo 160 letra f) del Código del Trabajo, esto es, “*conductas de acoso laboral*”. Esta posibilidad se trata de un derecho del trabajador y no de una obligación, porque siempre implicará la pérdida de su fuente laboral. En consecuencia, existe la posibilidad de que este opte por mantener la relación laboral aun existiendo el incumplimiento consistente en conductas de acoso laboral, pero impetrando la declaración de certeza de la conducta y el resarcimiento de su posible daño, como lo sostuvimos precedentemente.

La tendencia de la legislación laboral previa al establecimiento del procedimiento de tutela exaltaba, de manera un tanto incomprensible, el autodespido como mecanismo de protección frente a determinadas vulneraciones a los derechos fundamentales. Coincidimos con Gabriela Lanata¹⁵ en cuanto a que “*en esta materia tiene trascendental importancia el tipo de contenido obligacional que se genera en un contrato de trabajo lo que, por cierto, no le quita su carácter contractual. Parece ser que la doctrina que se ha divulgado en mayor medida en nuestro sistema es la germánica, la cual sostiene que junto a la relación de trabajo servil por medio del cual un hombre libre se pone al servicio de otro que le*

¹⁵ LANATA FUENZALIDA, Gabriela, “El despido indirecto y el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. II, 3, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (2011), p. 55.

concede a cambio protección, ayuda y representación, surge un vínculo personal de fidelidad recíproca, que se emparenta con los vínculos familiares y hace participar a quienes se unen por medio de él en una misma comunidad de derechos y deberes. Consecuentemente, el contrato de trabajo se estructura como un acto-condición, que genera la aplicación de un estatuto insoslayable y que determina la protección misma, base de todo el Derecho del Trabajo. Este estatuto puede emanar de fuentes de diferente naturaleza, tales como leyes, estatutos particulares, convenios colectivos, reglamentos internos de la empresa, por nombrar los más comunes. De allí emanan, quiéranlo o no las partes, los derechos y deberes propios del contrato de trabajo, entre los cuales no solamente se encuentran aquellos que dicen relación con determinadas prestaciones, de suyo importantes, pero no las únicas. Este tema ha llevado a diferenciar entre los deberes de prestación, designando a aquellos que se traducen en dar o hacer determinadas acciones propias y esenciales del contrato, como trabajar y pagar las remuneraciones, y los deberes de conducta, que designa a aquellos en los que está comprometido el comportamiento del hombre como tal, teniendo como límite su dignidad y que se refiere a la forma de dar cumplimiento a todas y cada una de las obligaciones que emanan de la relación laboral, cualquiera que sea su fuente de origen. Éstas se extienden, según la doctrina moderna, desde la etapa precontractual y hasta el momento mismo de la extinción de la relación laboral”.

Dentro del ámbito de estas prestaciones y ante su incumplimiento por el empleador, no puede olvidarse que el artículo 171 del Código del Trabajo le confiere al trabajador la posibilidad de poner término a la relación laboral a cambio del pago de indemnizaciones. Según la profesora Gabriela Lanata¹⁶: “... *negarle esta opción de demandar exclusivamente por acoso laboral solicitando la respectiva indemnización de perjuicios, manteniendo la vigencia de la relación laboral y obligándolo a seguir únicamente la vía del despido indirecto, implicaría una situación desmedrada frente a los contratantes sujetos a relaciones jurídicas diferentes, pues se estaría obligando al trabajador que no desea perder su fuente de trabajo o cuyas indemnizaciones serían de escaso monto dada la antigüedad en la empresa, a soportar incumplimientos indebidos del empleador e, incluso, un trato vejatorio de su parte o de quienes lo representan, echando por tierra la protección a sus derechos fundamentales. La terminación del contrato no puede ser la única posibilidad que la ley le confiere al trabajador, máxime si uno de los principios informadores del Derecho del Trabajo es, precisamente, el de la continuidad que, entre sus postulados, aboga por la conservación de la relación laboral, aun después de los incumplimientos que puedan haber existido, lo que se basa en el principio de la estabilidad, reconocido en beneficio del trabajador”.* Así lo reconoce un fallo de la Corte de

¹⁶ LANATA FUENZALIDA, Gabriela, “El despido indirecto...”, p. 57.

Apelaciones de Concepción¹⁷, anterior a la entrada en vigencia de las nuevas normas de procedimiento, el cual establece la posibilidad cierta de reclamar de forma conjunta con las indemnizaciones laborales propias de la terminación del contrato de trabajo las otras indemnizaciones a que se tenga derecho, estableciendo expresamente su compatibilidad.

También, coincidimos con Lanata¹⁸, en que *“estas otras indemnizaciones pueden existir como alternativa a las derivadas de la terminación del contrato. No obstante que el Código del Trabajo nada dice sobre cuáles puedan ser esas otras indemnizaciones no existe motivo para descartar la indemnización por daño moral, apareciendo como un reconocimiento de la posibilidad de que si los perjuicios causados al trabajador no son adecuadamente resarcidos con las indemnizaciones por término de relación laboral conjuntamente se pueda impetrar el daño moral. El punto en estudio se desenvuelve en el campo de la responsabilidad civil, materia que no ha sido regulada de manera general en el Código del Trabajo”*.

Se ha escrito por los académicos Gamonal y Prado¹⁹: *“La responsabilidad civil es un instituto de aplicación transversal en nuestro derecho, por lo que no se divisa razón para excluir a las relaciones laborales en caso que producto del desenvolvimiento de las mismas se cause daño a alguno de los sujetos, como ocurre en el caso de acoso moral laboral”*. El punto también ha sido reconocido por la Corte Suprema²⁰, que ha dictaminado *“la responsabilidad en el Derecho constituye un principio general, el que referido al Derecho Civil se plantea en el axioma que nadie puede dañar a otro sin reparación, en el evento que no concurra una causal de justificación”*. *“No se advierte razón, entonces, para que tal principio no encuentre aplicación en el desarrollo de un contrato de trabajo”*.

Si el trabajador opta por el despido indirecto, al agregarse la posibilidad manifiesta de que reclame del empleador simultáneamente con esta acción las otras indemnizaciones a que pudiese tener derecho, incluido el daño moral, significa que, primero, tendrá que acreditar cada uno de los presupuestos de su acción para obtener la declaración de que el empleador incurrió en la causal de actos de acoso laboral. Es decir, todos los elementos que configuran el acoso laboral y, en segundo lugar, deberá acreditar la efectividad de su daño y la relación de causalidad entre este y la conducta ilícita, regulando prudencialmente el juez su monto.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 393-2008, sentencia de fecha 9 de enero de 2009. Disponible en: <http://www.pjud.cl>. [Consulta: 26 de abril de 2014]

¹⁸ LANATA FUENZALIDA, Gabriela, “El despido indirecto...”, p. 61.

¹⁹ GAMONAL CONTRERAS, S. y PRADO LÓPEZ, P., *El Mobbing o acoso laboral*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2007, p. 97.

²⁰ Corte Suprema, Rol N° 3070-2006, sentencia de 15 de enero de 2008. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [Consulta: 20 de abril de 2014]

Ahora, no vemos ninguna limitación para que el trabajador demande la indemnización de perjuicios por daño moral fundado en el incumplimiento contractual que le afectó su dignidad, excluyendo la acción específica del artículo 184 del Código del Trabajo, ya que precisamente los actos de acoso laboral son contrarios a la dignidad de las personas y ésta forma parte del contenido obligacional del contrato individual de trabajo, aun cuando la ley no lo recoja expresamente en el inciso 8° del artículo 2° del Código del Trabajo, al únicamente mencionar los actos discriminatorios, mas no los actos de acoso laboral. Lo cual parece ser no más que una deficiente técnica legislativa. Probada, en su caso, la figura del acoso laboral, se entiende que se vulneró la dignidad del trabajador y, por ende, se le causó un daño moral que debe ser resarcido.

Tal como ha sido declarado por la Corte Suprema en sentencia de 7 de octubre del año 2014²¹, refiriéndose a la compatibilidad de acciones de despido injustificado e indemnización por daño moral, afincándose precisamente en que con el despido injustificado y carente de causal se produjo una violación a la dignidad del trabajador que excedió la primera calificación. Sin perjuicio de esto, el daño que se reclama deberá ser siempre probado en la litis, pudiendo incluso tratarse de un lucro cesante si se amenazó o afectó sus oportunidades en el empleo, impetrándose el pago de las prestaciones que dejó de ganar por aquello.

En cuanto a las indemnizaciones legales por término del contrato de trabajo, es facultativo para el juez aumentar la indemnización por años de servicios de un 50% a un 80%, sin olvidar las sanciones para el caso de que la causal sea invocada “falsa o maliciosamente”. Ello podría conllevar un problema para el trabajador al quedar en una situación peor de la que existía con anterioridad a la ley. Precedentemente, si la causal era falsa, únicamente se le rechazaba su demanda y se entendía que renunciaba. Actualmente, si entendemos por invocar una causal falsa el que no logró acreditar el trabajador el acoso laboral que denuncia, podría quedar expuesto a estas sanciones. Sin perjuicio de que la norma agrega otro requisito para aquello, como es que, además, el tribunal debe declarar que carecía de fundamento plausible para su acción. Lo cual si bien constituye una calificación jurídica, podría disminuir las posibilidades de denuncia en una afectación de derechos fundamentales, restándole efectividad a su protección.

²¹ Corte Suprema, Rol N° 2746-2014, sentencia de 7 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.pjud.cl>. [Consulta: 20 de abril de 2015]

3.2 Procedimiento Monitorio

Acotaremos en este acápite que por raro que parezca, atendida la trascendencia de la materia que se discute, es claro que si el trabajador opta por la declaración de mera certeza de la existencia de un acoso laboral en su contra impetrandolo conjuntamente con esta una acción indemnizatoria por el daño que supuestamente se le ha provocado por una cuantía menor a 10 Unidades Tributarias Mensuales, tal discordia deberá ventilarse en un juicio monitorio.

El artículo 496 del Código del Trabajo no distingue para la aplicación de este procedimiento más que la cuantía de la controversia sin atender a la materia, con las excepciones que contempla la propia norma y que no dicen relación con acoso laboral. Resulta dudosa únicamente la aplicación de este procedimiento en casos de cuantía indeterminada.

Para intentar la demanda en este Procedimiento Monitorio el trabajador obligatoriamente debe concurrir con antelación al inicio de la acción judicial ante la Inspección del Trabajo respectiva a deducir su reclamo administrativo, según lo ordena expresamente el artículo 497 del Código del Trabajo. Aclarándose que si este organismo de la Administración del Estado se encuentra facultado para realizar todas las acciones tendientes a prevenir o resolver los conflictos del trabajo, según lo dispone la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo²² en su artículo 1° letra e) y que para ello puede citar a las partes a una audiencia, según se desprende de su artículo 29, puede cumplir perfectamente con el presupuesto del reclamo que exige la ley del trabajo, sin que se advierta imposibilidad alguna por parte del trabajador para verificar este requisito de procesabilidad previo en este Procedimiento Monitorio.

Aun cuando no es tema de este trabajo, ya que solo nos abocamos a las acciones pertinentes para el trabajador y resultando discutible el procedimiento a aplicar dada su cuantía indeterminada, no podemos dejar de indicar la existencia de la acción popular del artículo 192 del Código del Trabajo para denunciar infracciones al artículo 184 del mismo Código. Esta primera norma confiere acción popular para denunciar las infracciones al artículo 184 del Código del Trabajo y señala que están obligados especialmente, además de los inspectores del Trabajo, el personal de Carabineros de Chile, los conductores de medios de transporte terrestre, los capitanes de naves mercantes chilenas o extranjeras, los funcionarios de aduana y los encargados de las labores de carga y descarga en los puertos. En consecuencia, pudiendo ser el acoso laboral una infracción al deber de seguridad del

²² D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Dispone la reestructuración y fija funciones de la Dirección del Trabajo. Disponible en: <http://www.direcciondeltrabajo.cl> [Consulta: 5 de abril de 2014]

empleador se podrá recurrir a esta acción sin inconveniente al otorgárseles titularidad activa a los sujetos mencionados. En cuanto a la acción indemnizatoria, siendo el daño moral personalísimo, pensamos que no tendría cabida su petición de resarcimiento en esta acción popular cuyo titular es un tercero que no tiene interés para solicitarlo.

3.3 Procedimiento de Tutela Laboral

Podemos distinguir en este procedimiento, que más que un procedimiento se trata de una acción especial para la defensa de derechos fundamentales con algunos matices que lo diferencian del Procedimiento de Aplicación General, si la acción de tutela laboral la deducirá el trabajador durante la vigencia de la relación laboral o con ocasión de su despido o autodespido. En ambas acciones, vigentes con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.607, lo que se pretende es sancionar la vulneración de derechos del trabajador en el ejercicio de las facultades del empleador, con lo que el Juzgado del Trabajo tiene competencia para conocer en este denominado procedimiento casos de acoso vertical y mixto.

Desde un punto de vista práctico, resulta atractivo determinar qué ocurre en caso de tercerización de los servicios. Específicamente, quién puede ser legitimado pasivo de esta acción de acoso laboral en este contexto de régimen de subcontratación o suministro. Aquí no nos referimos a los casos de sujetos demandados como solidaria o subsidiariamente responsables con el empleador, según lo disponen los artículos 183-A y siguientes del Código del Trabajo, sino que como demandado principal al cometer estos actos mientras se ejercen las facultades del empleador, tal como lo dispone el artículo 485 del mismo Código.

En el caso del trabajo en régimen de subcontratación, incorporado al Código del Trabajo por la Ley N° 20.123²³, una duda que puede surgir es respecto de la responsabilidad de la empresa principal. Para alegar que sí se puede recurrir en contra esta, razonando que igualmente ejerce facultades de empleador aun no siéndolo, se puede esgrimir que precisamente el objeto del acuerdo contractual entre aquella y la contratista, empleador del trabajador, es la ejecución de una obra o de un servicio para el cumplimiento de una de sus propias etapas productivas para lo cual requiere de trabajadores en su ejecución y respecto de los cuales ha determinado que sean contratados por este tercero y no por él mismo.

²³ Ley N° 20.123, Regula el trabajo en régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios, y el contrato de trabajo de servicios transitorios, de fecha 14 de octubre de 2006, entrada en plena vigencia desde el 14 de enero de 2007. Disponible en: <http://www.bcn.cl> [Consulta: 25 de abril de 2014]

Para Ermida y Colotuzzo, “*la descentralización productiva, en la cual se inserta la subcontratación consiste en un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Es decir, implica un desplazamiento de funciones o actividades que corresponden o podrían corresponder a un conjunto integrado e indica la existencia de un proceso en el que participan entidades real o aparentemente independientes o autónomas: la que encarga la obra o servicio y asume tal encargo por contrato o subcontrato*”²⁴. Por su parte, al autor argentino Hierrezuelo ha señalado que: “*Para alcanzar los fines de la empresa a la que dirige, el empresario puede utilizar sus propios empleados a los cuales contrata directamente, o puede delegar parte de su actividad, mediante la contratación de otra u otras organizaciones empresariales, las que con medios y personal propio contribuyen en mayor o menor medida, al logro de los objetivos de la primera*”²⁵.

Por lo mismo, el objeto de este acuerdo contractual y su razón de ser son siempre laborales, nace inserto en una relación laboral y precisamente se contrata con un tercero para poder utilizar trabajadores en el proceso productivo que corresponde a la empresa principal. Entonces no existe una escisión, más que ficticia, entre el contrato de trabajo celebrado entre el trabajador y la contratista y el acuerdo contractual entre la empresa principal y aquella, ya que ambos finalmente contribuyen al logro de los objetivos de esta última, resultando artificioso pensar que entre la empresa principal y los trabajadores no exista ninguna relación contractual, ya que estamos frente a contratos íntimamente relacionados y no a un mero contrato civil o comercial separado de los contratos de los trabajadores, como lo ha considerado la Dirección del Trabajo²⁶.

Se trata finalmente de una contratación cuya fuente se encuentra en el Derecho del Trabajo y que nace solo en relación con la institución definida y regulada en el Código del Trabajo, cual es la subcontratación. Con ello se facilita la tarea productiva del empresario, pero esta regulación no puede ser interpretada de manera que produzca un desmedro en los derechos de los trabajadores²⁷. El propio Mensaje Presidencial con que se dio inicio a la tramitación

²⁴ ERMIDA, Óscar y COLOTUZZO, Natalia, “Descentralización, Tercerización y Subcontratación”, en *Revista de la Oficina Internacional del Trabajo*, (2009), p. 13.

²⁵ HIERREZUELO, Ricardo, “Intermediación e Interposición Laboral y Descentralización Productiva”, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 155.

²⁶ Ordinario 0141/005, Fija sentido y alcance de los artículos 183-A, 183-B, 183-C y 183-D del Código del Trabajo, incorporados por la Ley N° 20.123, de 10 de enero de 2007. Disponible en: <http://www.direcciondeltrabajo.cl> [Consulta: 03 de abril de 2014]

²⁷ CONDEZA LANATA, Catalina, “Problemas prácticos en la aplicación de la solidaridad como fórmula de protección a los trabajadores en organizaciones complejas de empresas”, en Trabajo final para optar al grado de magíster en Derecho del Trabajo y Previsión Social, Universidad de Concepción, 2014, trabajo no publicado, p. 26.

de la ley sobre subcontratación señaló que el proyecto contiene diversos instrumentos legales destinados a garantizar la protección eficaz a todos aquellos trabajadores que presten servicios para terceras empresas. Intención del legislador que debe imbuir a toda su interpretación, sin que la empresa principal pueda intentar excluir su responsabilidad con los trabajadores de la contratista fundada en que ellos están subcontratados y no corresponden a “sus” trabajadores, ya que estos se desempeñan realizando siempre labores de su propio giro sobre las cuales tiene facultades de dirección. Así esta forma de organización supone que tal empresa siempre intervendrá en relación con ellos adoptando igualmente, de una u otra forma, la posición del empleador. Por tanto, si comete algún acto de acoso laboral lo hará en el contexto de la relación laboral y ejerciendo las facultades de tal, siendo procedente plenamente intentar la acción de tutela de derechos fundamentales en su contra.

Disiente de esta opinión Ugarte, señalando que *“la empresa principal no ejerce facultades de empleador sino que únicamente en dos casos de excepción en que la propia ley laboral la obliga a adoptar las medidas propias del empleador, como lo es en materia de higiene y seguridad, y al alterar el régimen de la subcontratación laboral, arrogándose facultades de dirección, vedando con ello el ejercicio de la acción de tutela en la generalidad de los casos y únicamente disponiéndola para tales excepciones”*²⁸.

El adoptar una u otra interpretación incide en la procedencia de utilizar la acción de tutela por los trabajadores para enfrentar los actos de discriminación que cometa en su contra la empresa principal. En la primera hipótesis resulta plenamente ajustado a derecho recurrir a esta acción y con la segunda no, al carecer de legitimidad pasiva, quedando la opción de recurrir a la acción general de la Ley N° 20.609, si es que no se demandó de tutela con anterioridad. En el caso del suministro de trabajadores por una empresa de prestación de servicios transitorios a una empresa usuaria debemos distinguir, para la procedencia de la interposición de la denuncia de tutela laboral, si el acto que se describe como de acoso laboral es ejecutado por la empresa usuaria o por la empresa de prestación de servicios transitorios.

Primero, en el caso de la empresa usuaria, aun tratándose de un tercero, pero estando las facultades que la ley les reconoce a los empleadores radicadas en esta y no en la empresa que los contrata, empresa de servicios transitorios, en su contra podría ejercerse la acción de tutela del Código del Trabajo. Incluso si ello solo es desde el punto de vista formal, por cuanto es la propia ley quien le imputa tales facultades y no puede exonerarse de esta calidad en desmedro de los trabajadores. Ahora, si quien incurre en actos de acoso es la

²⁸ UGARTE CATALDO, *op. cit.*, p. 32.

empresa de servicios transitorios o sus trabajadores, no podría ser en principio denunciada en la Tutela Laboral, ya que aquella finalmente no ejerce estas facultades; pero si en los hechos se ha burlado este régimen, detentando esta empresa tales facultades, se abre al trabajador la posibilidad de denunciar la tutela en sede laboral, pero debiendo acreditarlo en la causa.

Por otro lado, se debe tener en consideración que ambas acciones tienen como presupuesto la afectación de derechos fundamentales protegidos por el artículo 485 del Código del Trabajo y esta es la circunstancia que debe ser el fundamento de la pretensión del actor, es decir, el trabajador debe alegar que el acoso laboral de que ha sido víctima le ha producido un resultado lesivo, señalado en el artículo 2° del Código Laboral, y que ello justamente es lo que ha conculcado alguno de los derechos fundamentales contemplados en la norma del artículo 485 mencionado. Si bien la propia ley al definir el acoso laboral lo destaca como una conducta contraria a la dignidad del trabajador, concibiéndose la dignidad como el fundamento o la razón de ser de cada uno de los derechos fundamentales, ello no significa que estemos frente a una vulneración por sí misma de un derecho fundamental protegido por el decálogo del artículo 485. Por lo que, aun admitiéndose que la existencia de un acoso laboral involucra siempre una vulneración de derechos fundamentales, siendo un presupuesto de esta acción la vulneración de los derechos protegidos por la norma, siempre el trabajador deberá alegar alguno de estos derechos como violentados para estimar configurada la lesión.

Para acreditar esta vulneración, el trabajador podrá recurrir a la técnica de los indicios del artículo 493 del Código del Trabajo, regla inexistente en el Procedimiento de Aplicación General. Debe tener presente, eso sí, que ésta en realidad es una regla de juicio que opera para el juez al momento de dictar la sentencia, y en cuanto al esfuerzo probatorio en este ámbito no difiere mucho del aporte de prueba según las reglas de la sana crítica, ya que igualmente los indicios deben ser de calidad, al exigir la normativa que deben ser “suficientes”. Su importancia radica en que los razonamientos del juez amparados por estos indicios, al estar definidos por ley, terminan siendo más fuertes ante posibles ataques recursivos en cuanto a la valoración de la prueba, lo que favorece al trabajador ante un entorno probatorio hostil. En consecuencia, el trabajador debería acreditar la existencia del acoso laboral con la prueba de cada uno de sus elementos y, luego, que esta conducta afectó el derecho que reclama como conculcado, valiéndose de la regla de la prueba indiciaria del artículo 493 del mismo Código, reconociéndose en la norma que estos indicios son precisamente para determinar que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales que es el resultado del acoso laboral.

En cuanto a la prueba exigida al empleador, configurado el acoso y la lesión de derechos que se enuncia por el trabajador, en el acoso vertical al empleador le resultará extremadamente difícil justificar su conducta y en el acoso mixto tendrá posibilidades de eximirse de responsabilidad cuando lo previno adecuadamente o cuando, conocida la denuncia del trabajador, adoptó las medidas necesarias y oportunas para protegerlo. Ahora, resulta de importancia el paso adelante en la protección de derechos que constituye este procedimiento, comparado con el Procedimiento de Aplicación General, dado que amén de la declaración de la existencia del acoso, dado el contenido obligatorio de la sentencia establecido en la propia ley, palmariamente se conseguirá un mayor amparo para la víctima en comparación con lo que reducidamente puede declararse en el Procedimiento de Aplicación General, que no contiene sanciones.

Protegiéndose con mayor eficacia los derechos fundamentales del trabajador al disponer el artículo 495 del Código del Trabajo que el juez debe declarar las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias lesivas, velando siempre porque la situación se retrotraiga al estado anterior a producirse la vulneración denunciada, ya sea aceptando las medidas propuestas por las partes o creando aquellas que cumplan con este objetivo.

a) Acción de tutela laboral durante la vigencia de la relación de trabajo

En cuanto a la acción de indemnización por daño moral que pueda deducirse por el trabajador conjuntamente con la acción de tutela durante la vigencia de la relación laboral, puede darse por cierto que procede al establecer el artículo 495 del Código la frase “*incluidas las indemnizaciones que procedan*”.

Así, no encontrándose tarifado el daño, como en la indemnización especial del artículo 489 para la acción de tutela con ocasión del despido, según lo ha establecido la Corte Suprema²⁹, y teniendo presente los principios y reglas generales de la responsabilidad contractual, el trabajador afectado está en pie de solicitarla. Según se ha reseñado³⁰ en la actual Constitución la reparación del daño moral, al menos en alguna de sus manifestaciones, tiene su fundamento en las garantías del artículo 19, en particular la del N° 1, que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y es claro que el daño moral en una de sus manifestaciones más clásicas, como *pretium dolore*, como las preocupaciones y desagrados que el hecho dañoso ocasiona a la víctima, causa un claro atentado a esta integridad, por lo que su reparación íntegra queda amparada por esta garantía. Se agrega

²⁹ Corte Suprema, Rol N° 6950-2010, sentencia de 19 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [Consulta: 23 de abril de 2014]

³⁰ GARCÍA-HUIDOBRO CORREA, Joaquín, “La dignidad del Hombre”, en *Lecciones de Derechos Humanos*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Escuela de Derecho, Edeval, 1998, p. 367.

que otras manifestaciones del daño extrapatrimonial pueden ser provocadas por conductas contrarias a la honra o a la dignidad del sujeto y en tal caso el fundamento sería el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República³¹. Debemos reparar, sin embargo, que ello no quiere significar que dignidad sea sinónimo de honra. Por el contrario, la doctrina enseña que aquella constituye el fundamento de los derechos fundamentales³². Concluyéndose que la reparación del daño por afectación de la dignidad, como fundamento de todos los derechos fundamentales, se encuentra amparada constitucional y legalmente.

Siendo procedente la acción de indemnización por daño moral, el actor deberá rendir las probanzas necesarias que acrediten los extremos de su pretensión resarcitoria, favoreciéndose por la regla de indicios únicamente para acreditar la lesión, pero debiendo cumplir con lo mismo relatado para la acción indemnizatoria por daño moral en el Procedimiento de Aplicación General, esto es, acreditar el daño por la lesión de derechos fundamentales que se denuncia y la relación de causalidad entre ambas figuras.

No está de más agregar que esta acción también será de utilidad si se trata de un solo acto que no llegue a constituir acoso laboral, pero que sí represente una vulneración de derechos fundamentales.

En cuanto a la caducidad, a diferencia del Procedimiento de Aplicación General en que no existe plazo para deducir la acción, en la acción del artículo 485 del Código del Trabajo, atendido lo dispuesto en el inciso final del artículo 486, se debe respetar el plazo de caducidad de sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de derechos alegada. Si se trata de un acto continuo, necesariamente deberá contarse desde el último de ellos que signifique una vulneración. Lo cual también puede limitar este tipo de acciones en la protección de los derechos fundamentales.

Desde otra perspectiva, esta acción resulta importante porque podrá propiciar la prevención del acoso laboral como un riesgo psicosocial. Si la sola realización de conductas de acoso laboral atenta contra la dignidad humana al enfrentarnos a un trato irrespetuoso en este ámbito, debemos aplicar los presupuestos propiciados por la OIT en cuanto al trabajo decente, asumiendo un concepto amplio de riesgo laboral. Con lo que se extiende la

³¹ FLORES ARAYA, Naya; LUCIO AHUAD, Yuly y SEPÚLVEDA VIDELA, Cristian, “Indemnización por daño moral en caso de término de la relación laboral por despido injustificado: Fundamentos doctrinarios y jurídicos acerca de su procedencia”, en *Revista Laboral Chilena*, 224, febrero-marzo (2014), año 24, Santiago, Centro de Extensión Jurídica Limitada, p. 25.

³² Eduardo ALDUNATE LIZANA aborda este punto, aludiendo a diferentes autores, entre ellos José Luis Cea, para quien “*la dignidad es el sustrato y sustento axiológico de los derechos humanos y de sus deberes correlativos*”. Alude a los planteamientos de Francisco Fernández Segado, para quien “*los derechos fundamentales son la expresión inmediata de la dignidad humana*”. Véase: ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2008, p. 348.

protección a cualquier condición de trabajo que pueda provocar un daño sobre la salud del trabajador, incluyéndose expresamente los relativos a la organización empresarial, denominados riesgos psicosociales. En suma, tal como lo sostiene Gabriela Lanata³³, *“corresponde aplicar una forma evolucionada de prevención, adoptando medidas esencialmente preventivas, cuya naturaleza puede ser diversa y heterogénea, ya que esta falta de prevención puede lesionar la integridad psíquica del trabajador, aun cuando todavía no hablemos de una inestabilidad psicológica en que solo pueda optarse por la desvinculación”*.

b) Acción de tutela de derechos fundamentales con ocasión del despido

Esta hipótesis contenida en el artículo 489 del Código del Trabajo se utiliza cuando la vulneración de derechos fundamentales ocurre con ocasión del despido del trabajador. Entendiéndose, según la profesora Lanata³⁴, que *“la vulneración debe haber sido con ocasión del despido, y si bien no se exige que sean simultáneas, deben estar relacionadas directamente con éste, concluyendo que los hechos vulneratorios no se producen de manera simultánea con el despido, sino que son su causa”*. Por ende, aun cuando el empleador invoque una causal legal para poner término al contrato de trabajo, puede al mismo tiempo lesionar los derechos fundamentales del trabajador, concurriendo un despido pluricausal que obedece en los hechos a un acoso laboral del propio empleador o del que este se ha hecho parte, siendo su última manifestación como acto vulneratorio el despido del trabajador.

Teniendo en consideración iguales limitaciones en cuanto al sujeto legitimado pasivo de la acción y la obligación de encuadrarse dentro de alguno de los derechos fundamentales protegidos por el artículo 485 del Código del Trabajo, el panorama no cambia mucho respecto de la acción anterior, ya que precisamente se debe acreditar con indicios por el actor que el acoso laboral es el real fundamento de la decisión del empleador para poner fin al contrato de trabajo, aun cuando utilice alguna causal legítima para ello, creando en el juez la sospecha de un clima vulneratorio de derechos fundamentales producto del acoso. Por su parte, coincidiendo con el profesor Ugarte³⁵, *“es el empleador quien debe convencer a través de prueba directa que el despido fue absolutamente extraño a todo propósito de afeción de derechos fundamentales. Si admitiéramos un mero intento probatorio y la*

³³ LANATA FUENZALIDA, Gabriela, “El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo como derecho fundamental”, en *Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 50 Años De La Sociedad Chilena De Derecho Del Trabajo y Seguridad Social*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2011, Tomo VI, pp. 155-156 y 183.

³⁴ LANATA FUENZALIDA, Gabriela, “El despido indirecto...”, p. 66.

³⁵ UGARTE CATALDO, *op. cit.*, p. 49.

simple duda en el juzgador, el encubrimiento empresarial en este tipo de despidos sería tan fácil como su defensa inoperante, por falta de una adecuada y suficiente protección de los derechos fundamentales”.

En lo relativo a la acción indemnizatoria por daño moral, la Corte Suprema³⁶ en Recurso de Casación en el Fondo sentenció que la indemnización adicional del artículo 489 del Código del Trabajo, que va de seis a once remuneraciones, incluye aquel que se haya producido por el daño moral que la vulneración de determinados derechos fundamentales ha ocasionado al trabajador, pudiendo llegar a ser dudosa su procedencia al solicitarse conjuntamente con aquella. Sin perjuicio de esto, pensamos que existen razones para justificar lo contrario, como podría ser que esta indemnización adicional del artículo 489 es únicamente una sanción, como lo esgrime Ugarte³⁷ o que simplemente, como lo expone Lanata³⁸, “*está dada porque nos encontramos ante un contratante incumplidor y frente a esta situación la ley le ha conferido al cumplidor ciertos derechos por la lesión de su crédito, debiendo compensar al acreedor los perjuicios que ha experimentado como consecuencia del incumplimiento total o parcial de la obligación, siendo ello imputable al deudor, incluida la prestación a la que se había comprometido. Debiendo sustituirse esta obligación por la indemnización de perjuicios al trabajador, como un cumplimiento por equivalencia*”, siendo distinta del daño moral que se pide en una acción conjunta y que tiene otro origen y fundamento. En consecuencia, resultaría plenamente procedente resarcir este daño moral concediendo una indemnización adicional por este presupuesto, pero que debe deducirse conjuntamente con la acción de tutela, atendido lo dispuesto en el artículo 489 inciso sexto del Código del Trabajo, como una regla de excepción a la acumulación de acciones del artículo 487 del mismo cuerpo legal.

En otro acápite, como limitación en la tutela judicial de estos actos, también nos encontramos con el problema de la caducidad ya anunciado, y en relación con la figura del despido indirecto y su compatibilidad con la acción de tutela de derechos fundamentales con ocasión del despido, actualmente la Corte Suprema ya ha zanjado la discordia de su procedencia, según lo fallado por Recurso de Unificación de Jurisprudencia³⁹, si bien no

³⁶ Corte Suprema, Rol N° 6950-2010, sentencia de 19 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [Consulta: 22 de abril de 2014]

³⁷ UGARTE CATALDO, *op. cit.*, p. 90.

³⁸ LANATA FUENZALIDA, Gabriela. “El daño moral por lesión de derechos fundamentales con ocasión del despido del trabajador y el nuevo proceso laboral”, artículo incluido en libro en memoria de Mario Pasco. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, (en prensa), 2014, pp.10-13.

³⁹ Corte Suprema, Rol N° 15223, sentencia de 7 de agosto de 2014. Disponible en: <http://www.pjud.cl> [Consulta: 23 de abril de 2014]

declarando la compatibilidad de ambas acciones, pronunciándose acerca de que el despido indirecto por voluntad del trabajador se asimila al despido que decide el empleador.

c) Acción de indemnización de perjuicios por enfermedad profesional en el caso del estrés o neurosis laboral, aplicándose la Ley N° 16.744

Sin duda en este caso se ha visto vulnerada la integridad física y psíquica de la víctima, pudiendo fundamentar perfectamente un procedimiento de tutela o de aplicación general. Siguiendo las reglas tratadas precedentemente, en ambos procedimientos resulta plenamente procedente la condena por el daño moral ocasionado a la víctima, ya sea como consecuencia de la acción indemnizatoria por la existencia del acoso laboral en el Procedimiento de Aplicación General o como otra indemnización procedente, conjuntamente, con la acción de tutela del artículo 485 del Código del Trabajo o como una indemnización distinta de la indemnización adicional del artículo 489 del mismo Código.

4. CONCLUSIONES.

Pensamos que, si bien en casos de acoso laboral no existe una acción especial para perseguir por parte del trabajador en un determinado procedimiento laboral su declaración, ya que el derecho entrega varios caminos para la víctima que busca obtener su sanción y resarcimiento, aun cuando en materia de prevención todavía no se encuentre suficientemente abordado por la legislación, la acción de Tutela de Derechos Fundamentales resulta ser la vía más idónea para perseguirlo. En esta efectivamente el trabajador puede llegar a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos conjuntamente con la indemnización por el daño moral que tal incumplimiento le ha ocasionado. El juez está obligado por expreso mandato legal, además de declarar su existencia, ordenar el cese inmediato de las conductas e indicar medidas concretas para su reparación, incluido el resarcimiento de su daño moral. Esta reparación resulta procedente tanto en la acción del artículo 485 del Código del Trabajo como en aquella del artículo 489. En este último caso, además, podría configurarse como una reparación distinta y adicional a la indemnización especial que contempla la norma y que va de seis a once remuneraciones.

Con todo, en el acoso laboral mixto se debe tener presente la titularidad pasiva de la acción, pudiendo recurrirse en contra del empleador únicamente cuando no ha adoptado las medidas de resguardo o estas han sido ineficaces para proteger al trabajador. También limita estas acciones la existencia de plazos de caducidad del Código del Trabajo y el hecho de que siempre debe vincularse el acoso con alguna lesión de derechos fundamentales protegidos en el decálogo del artículo 485 del mismo Código y, lo más importante, acreditar tal afectación, favoreciéndose el trabajador demandante con la regla de la prueba de los indicios, pero sin que esta le sirva para probar la existencia y entidad del daño que se

alega como su relación de causalidad con la lesión que se denuncia, materias en las cuales se hace necesario recurrir a las normas generales del derecho de daños en la responsabilidad contractual.

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2008.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “La tipificación y sanción del acoso laboral en Chile: Un ejemplo de cómo retroceder en el resguardo de los derechos fundamentales”, en *Revista Estudios Laborales*, 7, Sociedad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Legal Publishing, (2012).

CONDEZA LANATA, Catalina, “Problemas prácticos en la aplicación de la solidaridad como fórmula de protección a los trabajadores en organizaciones complejas de empresas”, en Trabajo final para optar al grado de magíster en Derecho del Trabajo y Previsión Social, Universidad de Concepción, (2014), trabajo no publicado.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “El daño en el Derecho Civil Chileno”, en *Revista Anales Derecho UC: Temas de Responsabilidad Civil*, 1, (2006).

ERMIDA, Óscar y COLOTUZZO, Natalia, “Descentralización, Tercerización y Subcontratación”, en *Revista de la Oficina Internacional del Trabajo*, (2009).

FLORES ARAYA, Naya; LUCIO AHUAD, Yuly y SEPÚLVEDA VIDELA, Cristian, “Indemnización por daño moral en caso de término de la relación laboral por despido injustificado: Fundamentos doctrinarios y jurídicos acerca de su procedencia”, en *Revista Laboral Chilena*, 224, febrero-marzo (2014), año 24, Santiago, Centro de Extensión Jurídica Limitada.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio y PRADO LÓPEZ, Pamela, *El Mobbing o acoso laboral*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2007.

GARCÍA-HUIDOBRO CORREA, Joaquín, “La dignidad del Hombre”, en *Lecciones de Derechos Humanos*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Escuela de Derecho, Edeval, 1998.

HIERREZUELO, Ricardo, “Intermediación e Interposición Laboral y Descentralización Productiva”, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

LANATA FUENZALIDA, Gabriela, “El despido indirecto y el Nuevo Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador”, en *Revista Chilena de Derecho del*

Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Número 3, Volumen 2, (2011).

_____, “El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo como derecho fundamental”, en *Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 50 Años De La Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Editorial Legal Publishig, (2011), Tomo VI.

_____, “El daño moral por lesión de derechos fundamentales con ocasión del despido del trabajador y el nuevo proceso laboral”, artículo incluido en libro en memoria de Mario Pasco. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, (en prensa).

UGARTE CATALDO, José Luis, *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Santiago, Legal Publishing, 2009.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Ley N° 20.022, Crea Juzgados Laborales y Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional en las Comunas que indica, de 30 de mayo de 2005.

Ley N° 20.087, Sustituye el Procedimiento Laboral Contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, de 3 de enero de 2006.

Ley N° 20.174, Crea la XIV Región de Los Ríos y la Provincia de Ranco en su Territorio, de 5 de abril de 2007.

Ley N° 20.175, Crea la XV Región de Arica y Parinacota y la Provincia del Tamarugal en la Región de Tarapacá, de 11 de abril de 2007.

Ley N° 20.252, Modifica la Ley N° 20.022 y otros Cuerpos Legales con el Objeto de Reforzar la Judicatura Laboral, de 15 de febrero de 2008.

Ley N° 20.260, Modifica el Libro V del Código del Trabajo y la Ley N° 20.087, que Establece un Nuevo Procedimiento Laboral, de 29 de marzo de 2008.

Ley N° 20.287, Adecua Normas Sobre Procedimiento Laboral Contenidas en el Libro V del Código del Trabajo, Modificado por la Ley N° 20.087, de 17 de septiembre de 2008.

Ley N° 20.607, Modifica el Código del Trabajo, Sancionando las Prácticas de Acoso Laboral, de 8 de agosto de 2012.

Ley N° 20.609, Establece Medidas Contra la Discriminación, de 12 de julio de 2012.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Corte Suprema, Rol N° 3070-2006, sentencia de 15 de enero de 2008.

Corte Suprema, Rol N° 2715-2010, sentencia de 18 de agosto de 2010.

Corte Suprema, Rol N° 6950-2010, sentencia de 19 de diciembre de 2012.

Corte Suprema, Rol N° 2202-2012, sentencia de 18 de enero de 2013.

Corte Suprema, Rol N° 15223, sentencia de 7 de agosto de 2014.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 393-2008, sentencia de 9 de enero de 2009.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 382-2013, sentencia de 13 de enero de 2014.