

LA NULIDAD DEL DESPIDO Y EL ELEMENTO “GRAVEDAD” EN LA FIGURA SANCIONATORIA DEL INCISO CUARTO DEL ARTÍCULO 489 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO. UNA MIRADA CRÍTICA

MARCELO ARAYA ROJAS*
Universidad de Chile

RESUMEN: Este trabajo plantea un análisis crítico de la figura sancionatoria respecto del despido discriminatorio calificado como “grave” en el marco del procedimiento de tutela laboral, contemplada en el inciso cuarto del artículo 489 del Código del Trabajo. A partir de responder afirmativamente la cuestión de la procedencia en derecho de la nulidad como vía de reproche sobre dicho acto vulneratorio, se analiza el proceso de consagración de la mencionada sanción en nuestro ordenamiento jurídico laboral, tanto a nivel de texto legal (donde se examina, en particular, la concurrencia del requisito “gravedad” en su configuración) como de jurisprudencia (donde se observa una exacerbada discrecionalidad judicial en la materia, alimentada por la propia letra de la ley). Se concluye efectuando un diagnóstico acerca del estatus de dicha figura sobre la base de un juicio de realidad.

Palabras clave: *Nulidad del despido, discriminación, gravedad, reincorporación.*

ABSTRACT: This paper presents a critical examination of the sanction figure regarding the discriminatory dismissal classified as “serious” under the labor protection procedure, contemplated in the fourth subsection of article 489 of the Labor Code. After answering affirmatively to the question about the pertinence in law of the nullity as a way to reproach such violating act, we analyze the process of consecration of such sanction in our labor law, in the legal text (discussing in particular the concurrence of “gravity» as a requirement in its configuration) as in the law (where there is a heightened judicial discretion in the matter, fueled by the very letter of the law). We conclude by making a diagnosis of the *status* of that figure on the basis of reality judgment.

Key words: *Nullity of the dismissal, discrimination, gravity, reincorporation.*

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos laborales inespecíficos en nuestro país –materializado en la reforma del Libro V del Código del Trabajo, de marzo de 2008– nos habla de un proceso tan joven, como transicional y complejo. De una génesis que, en el seno de los avatares propios de la discusión político-parlamentaria, supo de transformaciones (o por qué no, mutilaciones) que le hicieron distar bastante, en su resultado final, del modelo original de reforma fundado en el mensaje presidencial de 21 de mayo de 2003.

En aquel marco, nos encontramos con un sistema tutelar que, si bien evidenció un avance exponencial respecto del panorama previo al advenimiento de la ley N° 20.087, pre-

* Abogado. Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

sentada aún —a casi tres años de la implementación de la reforma— importantes forados tanto a nivel adjetivo¹ como sustantivo².

Respecto de estos últimos, nos referiremos específicamente a aquel contenido en el inciso cuarto del artículo 489 del Código del Trabajo, referente a la calificación hipotética de "gravedad" respecto del *despido discriminatorio* en la relación laboral³, e intentaremos demostrar, tomando como base la historia de la ley y los conceptos vertidos tanto por la dogmática como por la jurisprudencia judicial vigente en la materia, que la declaración realizable en virtud de dicha norma por parte del juez laboral, en la práctica impide la materialización de la figura de la "nulidad del despido" respecto de los ilícitos ahí señalados, siendo reducida esta prácticamente solo al ámbito enunciativo y de manera apenas parcial.

2. MARCO CONCEPTUAL. LA NULIDAD DEL DESPIDO POR ACTO DISCRIMINATORIO

El artículo 489 del Código del Trabajo dispone en su inciso cuarto que: "cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2 de este Código, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el inciso anterior".

Por tanto —expresa la norma— todo despido que revista el carácter de discriminatorio por haberse fundado en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, dará lugar al trabajador a optar entre la reincorporación a sus labores, o el régimen indemnizatorio contemplado en el inciso tercero de la misma⁴, siempre y cuando el acto discriminatorio que subyace al despido sea calificado como "grave" por parte del juez de la causa⁵.

¹ Al respecto, véase PALAVECINO CÁCERES, Claudio. "El Retorno del Inquisidor. Las Potestades Judiciales en Materia Probatoria en el Procedimiento Laboral Chileno", en: *Revista Laboral Chilena*, N° 173. Santiago, enero 2008, pp. 73-85. Él mismo. "Procedimiento de Tutela Laboral y Debido Proceso", en: *La Semana Jurídica* N° 336. Santiago, abril 2007, p. 2.

² Sobre el particular, DEVILLAINE GÓMEZ, Franco y PALAVECINO CÁCERES, Claudio. "Sobre la Naturaleza del Procedimiento de Tutela Laboral", en: *La Semana Jurídica* N° 382. Santiago, noviembre de 2008, pp. 6-7.

³ Cabe mencionar que el concepto de *despido discriminatorio* reconoce buena parte de su origen en el proceso de transición democrática postfranquista en España. Así, el artículo 32 del Real Decreto-Ley 17, de 4 de marzo de 1977, enumeraba una serie de causas injustas para el despido, entre las que se contemplaba (letra d) "La raza, color, sexo, estado matrimonial, religión, opinión política u origen social". Frente a dicha consagración positiva, ALONSO OLEA, en la cuarta edición de su obra *Derecho del Trabajo* —Madrid, 1977— construyó la figura en comento, considerando que un despido originado en una de las causas injustas enumeradas por la incipiente legislación, constituía simplemente una apariencia de despido, un acto incubador de un vicio insubsanable, y por tanto ineficaz. Sobre el particular, RIERA VAYREDA, Carlos. *El despido nulo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 110 y ss.

⁴ A saber, pago de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios recargada en los términos dispuestos por el artículo 168, más una indemnización adicional, a fijar por el juez de la causa, de un monto no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

⁵ En este aspecto, nuestro legislador laboral optó por desproveer del revestimiento sancionatorio anotado a aquellos despidos vulneratorios de otros derechos fundamentales, distintos de la igualdad de trato. Este grupo quedará sujeto —en relación con el procedimiento de tutela laboral con ocasión del despido— al marco de impugnación del citado inciso tercero del artículo 489 CT.

Es menester analizar, como cuestión preliminar, si la redacción de la disposición en comento se allana conceptualmente a la figura sancionatoria de la "nulidad del despido".

Sobre el particular, hemos sostenido en trabajos anteriores que el despido discriminatorio experimenta el citado vicio de ineficacia por adolecer, simultáneamente, tanto de objeto como de causa ilícita. Asimismo, hemos explicado que el despido de esta especie reconoce tanto fuentes remotas (primarias) como próximas (secundarias) de ilicitud que devienen, conjunta o separadamente, en la configuración de la mencionada sanción⁶. Establecido esto, y ya en relación con los efectos de la declaración judicial de nulidad del despido, tenemos que su consecuencia lógica será —en virtud de la privación de eficacia extintiva de aquel acto jurídico unilateral del empleador, y del natural efecto retroactivo (*ex tunc*) de la mencionada sanción— la *reincorporación* del trabajador, ilegítimamente despedido, a sus funciones⁷. Junto con ello, y en cuanto se entiende que la calificación de nulidad ha de estar estrictamente ligada a la garantía de *indemnidad* del trabajador, la legislación comparada impone al empleador infractor la obligación de abonar las prestaciones originadas en el contrato de trabajo, devengadas entre la fecha del despido y aquella en que se materialice la reincorporación⁸.

Respecto de lo que ocurre en nuestro sistema normativo, podemos sostener que el efecto deseado por el legislador para este tipo de ilícitos es, aun con ciertos bemoles que pronto analizaremos, precisamente la nulidad. Ello puesto que, si bien la redacción del artículo 489 no le reconoce expresamente como sanción⁹, la redacción del artículo 495 N° 4 del Código del Trabajo refrenda dicha idea. En efecto, al señalar el legislador los requisitos de la parte resolutive de la sentencia, nos indica que es labor de la judicatura el velar porque, en cada una de las hipótesis de vulneración de derechos fundamentales —donde encontramos, desde luego, al despido discriminatorio—, la situación se *retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada* —refiriendo el legislador, por cierto, el anotado efecto *ex tunc* de la nulidad—.

3. NULIDAD DEL DESPIDO Y "GRAVEDAD"

Hemos dicho que si bien nuestra legislación recoge la nulidad del despido por acto discriminatorio como figura, supedita aquella a la existencia de una calificación judicial pre-

⁶ ARAYA ROJAS, Marcelo. *Discriminación Ilegítima en el derecho Laboral Chileno: Tutela Jurisdiccional Post Ley 19.759 y Nulidad del Despido por Acto Discriminatorio*. Tesis. Santiago: Universidad de Chile, 2006, pp. 126 y ss.

⁷ ARAYA ROJAS, Marcelo, *op. cit.* (n. 6), p. 112.

⁸ Así, en España, el Juez —a petición de parte— declarará nulo el despido cuando sea discriminatorio o viole los derechos fundamentales del trabajador. *El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir*, no teniendo esta condena alternativa posible. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAHAMONDE, M. Emilia. *Derecho del Trabajo* —18ª edición—. Madrid: Editorial Civitas, 2000, p. 474. Asimismo RIERA explica, sobre el particular, que la garantía de indemnidad del trabajador se expresa en la necesidad de situarle, en el evento de declararse la nulidad, en una posición idéntica a la que hubiera tenido si no se hubiera producido el despido. Precisando que "...respecto al período comprendido entre la fecha del despido y la readmisión, el trabajador tendrá derecho al abono de los salarios de tramitación, a ser dado de alta en el sistema de Seguridad Social con el correspondiente abono de las cuotas, al posible percibo de una indemnización por daños morales en el supuesto de que la nulidad del despido traiga causa de la violación de un derecho fundamental o libertad pública y, por último, a los intereses que se puedan generar por la demora en el pago de las cantidades dinerarias debidas". RIERA VAYREDA, Carlos, *op. cit.* (n. 3), pp. 363-364.

via del antecedente fáctico del despido. Dicho en otros términos, no todo despido discriminatorio será *per se* nulo; lo será, por el contrario –solo– aquel calificado judicialmente como “grave”.

La redacción de la norma comentada resulta del todo cuestionable. Ello por cuanto hace aparecer a la nulidad del despido como una sanción *excepcional*, emanada solamente de la calificación antedicha, y con la exigencia adicional –de ser así decretada– de una *resolución fundada* por parte del sentenciador –sobre la base de un análisis concreto de los hechos de la causa, como veremos–.

En relación con lo anterior, hemos de preguntarnos si existen, acaso, discriminaciones ilegítimas “leves” –no constitutivas de *gravedad*– como parece sugerir el inciso cuarto del artículo 489. Al respecto, si bien tanto la doctrina como la legislación comparada se encuentran naturalmente contestes en que no¹⁰, nuestro legislador laboral –al parecer– supuso poseer más lucidez sobre este punto, creando estatus distintos de discriminación: a saber, la judicialmente tipificable como “grave” –en los términos citados– y la discriminación –llamémosle así– “menos grave” o “leve”. La primera de ellas, otorga al denunciante vencedor en procedimiento de tutela, la opción de reincorporarse a sus labores, o de someterse al régimen indemnizatorio contemplado en el inciso tercero del artículo 489 del Código del Trabajo; mientras que la segunda solo da derecho a esta última alternativa.

Ahora bien, efectuado el análisis normativo del precepto objeto de este estudio, hemos de cuestionarnos legítimamente, en el siguiente acápite, acerca de cuál o cuáles serán los parámetros a utilizar por la magistratura al momento de discernir acerca de un aspecto tan fundamental como este –se trata de determinar, en definitiva, si existe o no la posibilidad¹¹ de reprimir judicialmente al acto discriminatorio conforme ha de proceder, nada menos, en derecho–. La respuesta que ha dado la jurisprudencia al respecto, como veremos, ha sido más bien sombría.

4. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA MATERIA

La jurisprudencia en esta materia es, por motivos lógicos, aún joven. Sin embargo, esta ya nos otorga ciertos lineamientos, los cuales, lamentablemente, distan mucho de asentar en nuestro ordenamiento laboral la figura jurídica que aquí analizamos.

A mayor abundamiento, hemos de consignar que a la fecha existe tan solo un fallo que ha calificado un acto discriminatorio como “grave”, refiriéndose, consecuentemente, a la posibilidad sancionatoria que involucra la norma estudiada en relación con la reincorporación. Dicha sentencia es la RIT T-2-2009 - RUC 09-4-0009341-2, de fecha 25 de abril de 2009, dictada por el Juzgado de Letras de Valparaíso, la cual efectúa la mencionada de-

⁹ En efecto, la sintaxis del artículo 489 omite señalar que la vulneración acaecida con ocasión del despido “no producirá efecto alguno”, pero la misma, a la vez, faculta al juez para conceder al trabajador, en caso de acoger la denuncia en procedimiento de tutela, su reincorporación a la empresa.

¹⁰ Al respecto, ARAYA ROJAS, Marcelo, *op. cit.* (n. 6), pp. 17 y ss.

¹¹ Esto en cuanto el derecho de opción que le asiste al trabajador en caso de determinarse la gravedad del despido, conforme hemos analizado.

claración respecto del despido vulneratorio experimentado por una trabajadora del Colegio Alemán de dicha ciudad, despedida en forma discriminatoria, a juicio de la magistratura, en razón de su edad¹².

En lo que nos interesa, dicho fallo sostiene, en su considerando decimocuarto, lo siguiente:

“Que, nuestro procedimiento de tutela, ha venido a crear un cauce procesal para la protección de derechos no patrimoniales, vinculados, más que al intercambio de servicios por dinero, a la dimensión moral del sujeto entendido como ciudadano. Frente al reconocimiento de lo complejo y agotadoras que pueden ser las relaciones entre particulares en el ámbito de la empresa, luego de destruida la comunidad de intereses, siendo lo único que dejaría verdaderamente indemne un despido vulneratorio, el legislador ha señalado la opción del establecimiento de una indemnización sancionatoria, que va de seis a once meses de la última remuneración mensual. Establecida la extensión del tramo por el legislador, corresponde al juez fijar en concreto el *quantum* de la sanción, ejercicio en el que, en el caso particular, tendrá en consideración, que la trabajadora perdió su empleo, a raíz de esta vulneración, a solo dos años de encontrarse, de acuerdo con la ley, en condiciones de decidir si jubilaría, elección que, dada la decisión de tercero que la afectó, deberá realizar en condiciones bastante más desventajosas que las que hubiera tenido de haberla podido ejercer si hubiera podido hacerlo formando parte de la institución a la que por 18 años perteneció y que en tales condiciones, la edad de la actora, incluso dificulta la obtención de un nuevo empleo, *lo que transforma la vulneración efectuada por el empleador en grave*¹³, pese a lo cual y teniendo en cuenta que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 489 inciso 4° del estatuto laboral, calificándose como grave el despido vulneratorio, el trabajador puede optar entre la reincorporación y las indemnizaciones a que se refiere el mismo artículo en el inciso anterior lo que se hará en forma incidental, habiendo, la actora demandado en su libelo el pago de la indemnización a que se refiere el mencionado artículo 489 inciso 3°, esta Juez tendrá por ejercido el derecho a opción referido y fijará la referida indemnización en ocho meses de su última remuneración mensual”.

Podemos observar que en este caso, el sentenciador, al fundar su resolución conforme exige la norma, vincula por completo la calificación en estudio con el componente fáctico que rodea el acto del despido –a saber, la imposibilidad eventual de la trabajadora despedida de obtener un nuevo empleo, atendidas sus circunstancias particulares–. Esto resulta ciertamente loable desde el punto de vista tuitivo, no obstante parece impropio circunscribirle solo a aquel punto, ya que, en contradicción a lo que sugiere el precepto en análisis, puede observarse –al analizar el estado de la doctrina, la jurisprudencia administrativa, y la normativa nacional e in-

¹² Texto completo en <http://www.esuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/discriminacion-no-es-derecho-fundamental-1º-INSTANCIA.doc>

¹³ Las cursivas son nuestras.

ternacional en la materia¹⁴ –que el acto discriminatorio, más allá de sus consecuencias, posee un disvalor propio, abstracto, independiente de las circunstancias que le rodean, en el que el solo hecho de importar la ruptura del derecho fundamental a la igualdad de trato basta para sostener por sí mismo, en forma intrínseca, su gravedad. Dicho de otro modo, todo juicio de reproche sobre un acto discriminatorio debería recaer, en estricto rigor, sobre la acción lesiva, y no –exclusiva ni primordialmente– sobre el resultado, como sugiere el fallo que comentamos¹⁵. Asimismo, parece impropio circunscribir la *gravedad* del acto discriminatorio –y consecuentemente su nulidad– a la imposibilidad del trabajador afectado de obtener un nuevo empleo, ya que aquello limitaría la procedencia de la sanción, en principio, solo a los casos de discriminación por edad avanzada¹⁶.

Ahora bien, el resto de la jurisprudencia judicial vigente en la materia sencillamente no se ha hecho cargo de la cuestión antedicha, limitándose, en los fallos condenatorios en materia de tutela, exclusivamente a declarar la existencia del acto discriminatorio, junto con la procedencia de la indemnización adicional contemplada en inciso tercero del artículo 489 del Código del Trabajo¹⁷ sin hacer mención alguna, en los respectivos pronunciamientos,

¹⁴ En efecto, estas apuntan a efectuar distinciones relativas al acto discriminatorio laboral –a saber, legítimo/ilegítimo; directo/indirecto–, sobre la base de reprochar primordialmente al acto lesivo –disvalor de la acción– por sobre el resultado del mismo –disvalor del resultado–. Así, MELIS VALENCIA, Christian. *Derechos de ciudadanía y empresa: Apuntes para una configuración dogmático-jurídica*. Santiago, 2004. Disponible en http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf. MARCHANT, Jaime. *La Discriminación y el Derecho a la Igualdad*, Buenos Aires, 2004. Disponible en http://miporra.com.ar/pdfs/cp_d_f_08.pdf. CASTRO CASTRO, José Francisco. *Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares*. Santiago: Gobierno de Chile, Dirección del Trabajo, Boletín Oficial, 2001. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. "La discriminación laboral indirecta", en: *Revista de Derecho* Nº 12. Valdivia: Universidad Austral, 2001, pp. 67-81. Él mismo. "La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral", en: *Revista de Derecho* Nº 14. Valdivia: Universidad Austral, 2003, pp. 25 y ss. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO –OIT–, *Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación*, Ginebra, 1958. OIT, *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Ginebra, 1998. DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ORD.: Nº 3704/134 "Fija sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo, referidos al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral", Santiago, 2004.

¹⁵ Sin embargo, la observación realizada, la sentencia en comento es interesantísima y completa desde el punto de vista dogmático. Sobre todo en lo que respecta a la aplicación de la prueba indiciaria contenida en el artículo 493 del Código del Trabajo. No obstante ello, dicho fallo fue anulado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de reemplazo Nº 24785, de 27 de julio de 2009 -texto disponible en <http://www.esuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/discriminacion-no-es-derecho-fundamental.doc>). Crítica asertivamente dicho vuelco jurisprudencial CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *Cuando la Justicia niega el Derecho*, agosto de 2009, en <http://derechoytrabajo.blogspot.com>

¹⁶ En efecto, no se vislumbra una imposibilidad similar respecto del resto de las hipótesis de discriminación contenidas en el artículo 2 del Código del Trabajo –no se detecta *prima facie* como los criterios de raza, color, sexo, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social podrían imposibilitar, en términos absolutos, la consecución de un nuevo empleo para el actor–.

¹⁷ Sobre el particular, RIT T-12-2009 - RUC 09- 4-0019471-5, de fecha 17 de diciembre de 2009, dictada por el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Texto disponible en <http://sentenciasreformalaboral.blogspot.com/2010/01/tutela-2do-jlt-santiago-17122009-acoge.html>; RIT T-2-2009, de fecha 30 de noviembre de 2009, dictada por el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Texto disponible en <http://sentenciasreformalaboral.blogspot.com/2009/12/tutela-2do-jlt-santiago-30112009-acoge.html>; R.U.C. 09-4-0023311-7 - R.I.T. T-33-2009, de fecha 28 de diciembre de 2009, dictada por el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Texto disponible en <http://sentenciasreformalaboral.blogspot.com/2009/12/tutela-2do-jlt-santiago-28122009-acoge.html>; RIT T-11-2009, de fecha 21 de julio de 2009, dictada por el Juzgado de Letras de Iquique. Texto disponible en <http://sentenciasreformalaboral.blogspot.com/2009/11/tutela-sjl-iquique-21072009-acoge.html>; RIT T-14-2009 - RUC 09- 4-0013059-8, de fecha 1 de septiembre de 2009, dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique. Texto disponible en <http://sentenciasreformalaboral.blogspot.com/2009/11/tutela-sjl-iquique-01092009-acoge.html>

sobre las posibilidades sancionatorias devenidas de la cuestión controvertida, y menos aún sobre la raigambre jurídica de las mismas. Incluso, en ocasiones, se ha razonado (o dejado de razonar) de esta manera, a pesar de condenarse en costas a la parte demandada¹⁸.

5. CONCLUSIÓN: ESTATUS OBSERVADO DEL TIPO SANCIONATORIO

Efectuado ya el análisis del tratamiento jurisprudencial en materia de despidos vulneratorios, podemos observar que si bien resulta evidente que el ilícito tipificado en el artículo 489 del Código del Trabajo lleva aparejada como sanción, en abstracto, la nulidad; en concreto, el tratamiento de la norma por parte de la magistratura es diverso.

Ante ello cabe concluir que, lejos de incorporarse decididamente la sanción señalada en nuestro sistema de tutela, lo que se ha hecho en la práctica es insistir en la solución de reproche pecuniario propuesta para el caso del despido injustificado, indebido o improcedente. Vale decir, en lo que De Heredia Ruiz postula como la "compensación por la no readmisión del trabajador ilícitamente despedido", o *id quost interest* –equivalente económico de la prestación debida no realizada–¹⁹. En otras palabras, al preferirse judicialmente en este tipo de ilícitos la imposición de la indemnización adicional contemplada en el inciso tercero de la norma, por sobre la nulidad del despido referida en el inciso cuarto de la misma, podemos verificar en estos casos la existencia, desde el punto de vista sancionatorio, de un verdadero despido injustificado –indebido o improcedente– "agravado"²⁰.

La conclusión anotada, finalmente, no sorprende. Esto, desde que nuestro legislador laboral no se aventuró –no obstante su intención original²¹– en la tarea de consagrar la figura analizada en forma indubitada –como sí ocurre, al contrario, en otras legislaciones–²²,

¹⁸ En este sentido, RIT T-45-2009, de fecha 15 de enero de 2010, dictada por el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Texto disponible en <http://sentenciasreformalaboral.blogspot.com/2010/01/tutela-2do-jlt-santiago-15012010-acoge.html>, y RIT T-49-2009, de fecha 18 de enero de 2010, dictada por el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Texto disponible en <http://sentenciasreformalaboral.blogspot.com/2010/01/tutela-2do-jlt-santiago-18012010-acoge.html>

¹⁹ HEREDIA RUIZ, Ignacio Beltrán de. "Naturaleza jurídica de la indemnización por despido improcedente y compatibilidad con la indemnización de daños y perjuicios. Comentario a la STS, Sala 4ª, de 17 de mayo de 2006, rec. 4372/2004", España, 2007, disponible en <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/722/comentario-jurisprudencia/naturaleza-juridica-de-la-indemnizacion-por-despido-improcedente-y-compatibilidad-con-la-indemnizacion-de-danos-y-perjuicios/>

²⁰ No obstante lo expuesto, cierto sector de la doctrina nacional niega derechamente el carácter de nulidad al instituto sancionatorio objeto de este estudio, fijando la naturaleza jurídica del mismo en una posición intermedia "entre el [despido] injustificado y el despido nulo, y cuya consecuencia es un recargo indemnizatorio previsto expresamente por la ley". UGARTE CATALDO, José Luis. "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba", en *Revista de Derecho*, Nº 33, pp. 215-228. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009.

²¹ En efecto, hasta el segundo trámite constitucional de la reforma que devino en la ley Nº 20.087, el entonces artículo 506 inciso primero –actual 489– del Código del Trabajo, indicaba lo siguiente en su primera parte: "Si la vulneración de derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido, *este no producirá efecto alguno...*". La misma disposición en su inciso tercero disponía: "El trabajador podrá optar entre la reincorporación decretada por el tribunal, en cuyo caso el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones derivadas de la relación laboral durante el período comprendido entre la fecha del despido y aquella en que se materialice la reincorporación...".

²² En efecto, ya enunciábamos con anterioridad el caso español –véase nota 8–, cuyo ordenamiento regula actualmente la nulidad del despido en el artículo 55 del Real Decreto Legislativo Nº 1, de 24 de marzo de 1995, "Ley del Estatuto de los Trabajadores" –cuerpo normativo equivalente a nuestro Código del Trabajo–, el cual dispone que *será nulo el despido que tenga por*

sino que la transformó, al condicionarla a la existencia de la calificación previa, en una figura excepcional, que debe definirse discrecionalmente por parte de la magistratura –vale decir, sobre la base de un análisis subjetivo de los hechos por parte del juez de la causa–.

Por tanto, en atención a que –como hemos tenido oportunidad de comprobar– la solución de reproche comentada ha sido prácticamente desarraigada de nuestro sistema incluso por nuestros jueces del trabajo –ya por desinterés, ya por simple desprolijidad–, bien vale sugerir la imperatividad de una próxima reforma legislativa en la materia, que revista de mayor seriedad y certeza al sistema sancionatorio del artículo 489 del Código del Trabajo, otorgando, al extirpar todo atisbo de discrecionalidad judicial en la instauración de la nulidad como sanción *ad-hoc* sobre el *despido discriminatorio*, mayor –y necesaria– robustez a la labor de la judicatura en este aspecto²³.

*móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (Nº 5), señalándose además que el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir (Nº 6). Por otro lado, en ITALIA, en caso de que el juez laboral reconozca un despido como nulo, anulable, ilegítimo, ineficaz o intimidado de toda forma sin justa causa ni justificado motivo, se imponen al empleador obligaciones diferentes, las que nos hacen distinguir entre tutela *real* y de tutela *obligatoria* del trabajador ilegítimamente despedido. Hay tutela real cuando el empleador tiene en relación de dependencia más de 15 trabajadores en cada sede, establecimiento, filial, oficina o departamento autónomo donde ocurrió el despido, o más de 5 trabajadores si se trata de empresa agrícola. También hay tutela real si el empleador tiene en relación de dependencia más de 15 trabajadores en el mismo "Comune" (Podría traducirse como "municipalidad" –el territorio italiano está geográficamente dividido en Regiones, Provincias y Comunales–). En esta situación, en virtud del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* (ley Nº 300, de 20.05.1970), el empleador tiene que reintegrar al trabajador a su puesto de trabajo y pagarle una indemnización por daños y perjuicios no menor de 5 mensualidades. Acordada dicha indemnización, el empleado tiene sin embargo la facultad de pedir –en substitución de la reintegración y adicionalmente a la indemnización– una indemnización equivalente a 15 mensualidades. Hay tutela *obligatoria* en los demás casos, vale decir, en ausencia de los requisitos numéricos y/o territoriales antes enumerados. Por lo tanto las empresas aquí involucradas son aquellas pequeñas, que en general tienen menos de 15 trabajadores en cada unidad de producción. Aquí, en situaciones de despido injustamente intimidado, el empleador puede elegir entre dos opciones más ventajosas: o la reintegración al puesto de trabajo o, simplemente, el pago de una indemnización por daños y perjuicios entre 2,5 y 6 mensualidades (establecida por el juez discrecionalmente), teniendo en cuenta el número total de trabajadores, las dimensiones de la empresa, la ancianidad de servicio, el comportamiento y las condiciones de las partes. Acordada dicha indemnización, el empleado tiene sin embargo la facultad de pedir –en substitución de la reintegración y adicionalmente a la indemnización– una indemnización equivalente a 15 mensualidades. LEONORI, Anna. *El tema del despido –licenziamento– en el derecho laboral italiano*, Milán, 2004, disponible en: http://www.diritto.net/index.php?option=com_content&view=article&id=866&catid=141&Itemid=72.*

En FRANCIA, luego, se distingue entre despido sin causa real y despido nulo. En el despido sin causa no hay derecho a readmisión, solo existe la facultad por parte del juez de proponer la readmisión, pero el trabajador o el empresario tienen la capacidad de rechazar la propuesta. Si no se produce la readmisión, la cuantía de la indemnización aumenta. El mínimo legal es de 6 meses de salario más la antigüedad recogida en convenio colectivo. Al haberse producido un despido sin causa objetiva, la indemnización se eleva por perjuicio al trabajador con un montante que se añade al mínimo legal mencionado. En caso de despido nulo, el derecho a readmisión es obligatorio, pero el trabajador afectado puede optar por una indemnización si no acepta la reincorporación a su puesto de trabajo. Finalmente, en ALEMANIA, en el evento de la nulidad, la readmisión la decide siempre el juez. "Francia y Alemania: Readmisión, Indemnizaciones y Protección Social". Explicación de los profesores Isabelle Daugareilh –Universidad Montesquieu, Burdeos, Francia– y Ulrich Zachert –Universidad de Hamburgo–, en blog internacional "Derecho del Trabajo". Enlace directo en <http://internationalabourlaw.blogspot.com/2009/05/francia-y-alemania-readmission.html>.

²³ COUTURE enseñaba que "...el derecho valdrá en un país y en un momento histórico determinado, lo que valgan los jueces como hombres... y las sentencias valdrán lo que valgan los hombres que las dicten". COUTURE, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayu, 1953, pp. 69 y ss. Quisiéramos profundamente que, al menos en nuestro sistema tutelar, aquella necesaria máxima dejara de desconocer, en el futuro, el insustituible pilar de la certeza jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAHAMONDE, M. Emilia. *Derecho del Trabajo* –18ª edición–. Madrid: Editorial Civitas, 2000.
- ARAYA ROJAS, Marcelo. *Discriminación Ilegítima en el derecho Laboral Chileno: Tutela Jurisdiccional Post Ley 19.759 y Nulidad del Despido por Acto Discriminatorio*. Tesis. Santiago: Universidad de Chile, 2006.
- BILBAO UBILLOS, Juan María. "La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: *Boletín oficial de Estado*, Madrid, 1997.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo. *Cuando la Justicia niega el Derecho*, agosto de 2009. <http://derechoytrabajo.blogspot.com/> [consulta: 6 de enero de 2010].
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo. "La discriminación laboral indirecta", en: *Revista de Derecho* Nº 12. Valdivia: Universidad Austral, 2001.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo. "La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral", en: *Revista de Derecho* Nº 14. Valdivia: Universidad Austral, 2003, pp. 25 y ss.
- CASTRO CASTRO, José Francisco. *Discriminación en las relaciones laborales. Algunos casos particulares*. Santiago: Gobierno de Chile, Dirección del Trabajo, Boletín Oficial, 2001.
- CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 19.759: Compilación de textos oficiales del debate parlamentario, Santiago, 2001.
- COUTURE, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayu, 1953.
- HEREDIA RUIZ, Ignacio Beltrán de. "Naturaleza jurídica de la indemnización por despido improcedente y compatibilidad con la indemnización de daños y perjuicios, Comentario a la STS, Sala 4ª, de 17 de mayo de 2006, rec. 4372/2004", España, 2007, disponible en: <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/722/comentario-jurisprudencia/naturaleza-juridica-de-la-indemnizacion-por-despido-improcedente-y-compatibilidad-con-la-indemnizacion-de-danos-y-perjuicios/> [consulta: 6 de enero de 2010].
- DERECHO DEL TRABAJO, Blog internacional, enlace en <http://internationallabourlaw.blogspot.com/> [consulta: 15 de enero de 2010].
- DEVILLAINE GÓMEZ, Franco y PALAVECINO CÁCERES, Claudio. "Sobre la Naturaleza del Procedimiento de Tutela Laboral", en: *La Semana Jurídica* Nº 382. Santiago, noviembre de 2008.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ORD.: Nº 3704/134 "Fija sentido y alcance de los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo, referidos al derecho a la no discriminación en el ámbito laboral", Santiago, 2004.
- ESCUELA SINDICAL, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, sitio web institucional, <http://www.escuelasindical.org/> [consulta: 11 de enero de 2010].
- ESPAÑA, Real Decreto Legislativo Nº 1, de 24 de marzo de 1995, Ley del Estatuto de los Trabajadores, disponible en <http://www.mutua montanesa.es/docs/39.pdf> [consulta: 11 de enero de 2010].
- LEONORI, Anna. *El tema del despido (licenziamento) en el derecho laboral italiano*, Milán, 2004, disponible en: http://www.diritto.net/index.php?option=com_content&view=article&id=866&catid=141&Itemid=72 [consulta: 6 de enero de 2010].
- MELIS VALENCIA, Christian. *Derechos de ciudadanía y empresa: Apuntes para una configuración dogmático-jurídica*. Santiago, 2004, disponible en: http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65183_recurso_1.pdf. [consulta: 11 de enero de 2010].
- MARCHANT, Jaime. *La Discriminación y el Derecho a la Igualdad*, Buenos Aires, 2004, disponible en: http://mi-porra.com.ar/pdfs/cp_d_f_08.pdf [consulta: 15 de enero de 2010].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. 1958*, disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pkits/c111.htm> [consulta: 15 de enero de 2010].

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Ginebra, 1998.

PALAVECINO CÁCERES, Claudio. "El Retorno del Inquisidor. Las Potestades Judiciales en Materia Probatoria en el Procedimiento Laboral Chileno", en: *Revista Laboral Chilena*, N° 173. Santiago, enero 2008.

PALAVECINO CÁCERES, Claudio. "Procedimiento de Tutela Laboral y Debido Proceso", en: *La Semana Jurídica* N° 336. Santiago, abril 2007.

SENTENCIAS REFORMA LABORAL, Blog, disponible en <http://www.sentenciasreformalaboral.blogspot.com/> [consulta: 5 de enero de 2010].

RIERA VAYREDÁ, Carlos. *El despido nulo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

UGARTE CATALDO, José Luis. "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba", en: *Revista de Derecho* N° 33. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512009000200005&lng=es&nrm=iso [consulta: 8 de enero de 2010].