

EL MOBBING O ACOSO LABORAL Y SU TUTELA EN UN ESCENARIO DE SUBCONTRATACIÓN

THE MOBBING OR LABOR HARASSMENT AND ITS GUARDIANSHIP IN A SUBCONTRACTING SCENARIO

*Santiago Zárate González**

RESUMEN: En el presente trabajo nos preguntamos cuál debiera ser la solución que puede darse al *mobbing* o acoso laboral cuando este se da en un escenario de subcontratación, y la efectiva tutela de los derechos fundamentales del trabajador, vulnerado a través del procedimiento especial contemplado en el párrafo 6° del título I del libro V del *Código del Trabajo*. La actuación del juez laboral es relevante y no puede eximirse el mismo de cautelar los derechos del trabajador vulnerado, y de analizar la vulneración desde la perspectiva de la prueba indiciaria, estándar mínimo que otorga al trabajador la posibilidad cierta de protección de parte del órgano jurisdiccional.

PALABRAS CLAVE: Mobbing - Vulneración - Tutela - Subcontratación.

ABSTRACT: In this paper, we ask what should be the solution that can be given to mobbing or labor harassment when it occurs in a context of outsourcing, and the effective protection of fundamental labor rights violated through the special procedure referred to in paragraph 6 Title I of Fifth Book, of the Labor Code. The performance of the labor court is relevant and it can't exempt the same, first, to protect the rights of the worker violated, and then, to analyze the violation from the perspective of circumstantial evidence, minimum standard that gives the worker the possibility of certain protection part of the court.

KEYWORDS: Mobbing - Infringement - Guardianship - Subcontracting.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Evolución de las Instituciones Jurídicas Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Romano y Civil Universidad Central de Chile.

El *mobbing* o acoso laboral fue reconocido expresamente en nuestra legislación por la ley N° 20.607 de 8 de agosto de 2012, norma que estableció con claridad cuándo aquella conducta se daba y cuáles eran sus requisitos. La norma en cuestión modificó el artículo 2° del *Código del Trabajo (CT)* y otras normas del mismo cuerpo legal, agregando una segunda parte al inciso 2° (el cual se refería a la figura del acoso sexual, ya presente antes en la legislación).

Dispone la norma en cuestión:

“Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros 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”.

Realizando una labor exegética y analítica de la norma transcrita, la Dirección del Trabajo (DT), mediante ordinario N° 3519/034 de fecha 9 de agosto de 2012, fijó el sentido y alcance de la norma en comento, definiendo la conducta de acoso laboral, en términos amplios, como:

“Todo acto que implique una agresión física por parte del empleador o de uno o más trabajadores, hacia otro u otros dependientes o que sea contraria al derecho que les asiste a estos últimos, así como las molestias o burlas insistentes en su contra, además de la incitación a hacer algo, siempre que todas dichas conductas se practiquen en forma reiterada, cualquiera sea el medio por el cual se someta a los afectados a tales agresiones u hostigamientos y siempre que de ello resulte mengua o descrédito en su honra o fama, o atenten contra su dignidad, ocasionen malos tratos de palabra u obra, o bien, se traduzcan en una amenaza o perjuicio de la situación laboral u oportunidades de empleo de dichos afectados”¹.

La misión de hacer comprensible los alcances de la nueva normativa, son adecuados y de una minuciosidad que se espera de todo órgano del Estado, que tenga por finalidad fijar el sentido y alcance de las leyes laborales, como se puede desprender de la ley orgánica de esa Dirección. Según esta entidad,

“la intención del legislador ha sido, por una parte, sancionar el acoso laboral ejercido en las condiciones previstas en la nueva normativa como contrario a la dignidad de la persona, por tratarse de una conducta ilícita”.

¹ Dirección del Trabajo (2012): Dictamen N° 3516/034.

ta, que lesiona diversos bienes jurídicos que derivan de dicho derecho, tales como la integridad física y psíquica y la igualdad de oportunidades, teniendo, de esta forma, por fundamento, el respeto y promoción de los derechos fundamentales de las personas en el ámbito de su trabajo, resguardados por la Constitución y las leyes”².

Por su lado, la doctrina laboralista nacional ha definido el *mobbing* como el:

“proceso conformado por un conjunto de acciones u omisiones, en el ámbito de las relaciones laborales públicas y privadas, en virtud de las cuales uno o más sujetos acosadores crean un ambiente laboral hostil e intimidatorio respecto de uno o más acosados, afectando gravemente su dignidad personal y dañando la salud del o los afectados con miras a lograr distintos fines de tipo persecutorio”³.

En definitiva, y como se puede apreciar, se trata de situaciones que afectan no solo aspectos físicos de las personas sino que, también, psicológicos, tales como el menoscabo o el hostigamiento, ocurridos en la realidad con una normalidad que sobrecoge. Como señala Eduardo Caamaño, el *mobbing* “resulta [ser] un comportamiento hostil, de ordinaria ocurrencia”⁴.

Para evitar esta clase de situaciones, el Estado, a través de la reforma de su sistema de enjuiciamiento laboral (acción de tutela por la vulneración de derechos fundamentales laborales, artículo 485 y siguientes del CT), ha debido intervenir el centro neurálgico del poder empresarial representado por esa unidad económica denominada empresa, a fin de proteger a las personas (trabajadores), ajenas al papel que puedan o no jugar en su interior, y, a ser respetadas en sus derechos, en su condición inalienable de personas (sujetos de derecho), lo que se ha denominado por algunos autores ciudadanía en la empresa⁵.

Sin embargo, la judicatura nacional⁶ ha sostenido algo que a todas luces pugna con el sentido propio de la norma legal en análisis, algo que nuestros autores han debido aclarar que es que los actos discriminatorios que conforman el *mobbing* no pueden ser estimados aisladamente, pues aquello constituiría un evidente despropósito⁷.

² Véase artículo 1º del DFL 2 de fecha 29 de septiembre de 1967, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo.

³ GAMONAL CONTRERAS y PRADO LÓPEZ (2006), p. 12.

⁴ CAAMAÑO ROJO (2011), p. 218.

⁵ GAMONAL CONTRERAS (2004), p. 24 y ss. También en CAAMAÑO ROJO (2011), pp. 215-240.

⁶ Véase sentencia del JLT de Valparaíso en causa RIT T-62-2009. También en sentencia de la CA de Santiago, rol 743-2010.

⁷ CORDERO MENESES y CORVALÁN SOTO (2010) p. 39. También en UGARTE CATALDO (2010) p. 25.

En efecto, no se puede reducir el *mobbing* a la ocurrencia única de actos aislados sino, también, a una serie de actos conectados entre sí, y que confluyen normalmente en el despido del trabajador por una causal que ni siquiera se acerca a la realidad. Esta conectividad lesiva se da, recordemos, en el marco de un conjunto de actos y de omisiones que son oscuras, tapadas, clandestinas si se quiere, y que resultan ser un difícil test para el trabajador⁸.

No trata el *mobbing* de una situación aislada o temporal, sino permanente y reiterada en el tiempo, cuyos efectos no siempre se evidencian de inmediato. Pueden darse varios hechos al parecer inconexos entre sí, pero que se dirigen hacia un mismo destino: el despido del trabajador por una causal inconexa. José Luis Ugarte sostiene que si el plazo para interponer la denuncia caducara como se piensa por algunos jueces de tribunales superiores “Estariamos frente a un ilícito continuado cuyo reproche jurídico se mantiene, ya que se siguen vulnerando derechos fundamentales”, y continúa luego la misma:

“Se trata de defender derechos básicos de las personas, por lo que la actitud judicial debería ser especialmente cuidadosa en no sostener interpretaciones procesales o sustantivas que restrinjan los derechos fundamentales laborales innecesariamente. De sostener lo contrario lleva a absurdos intolerables en los cuales los graves atentados a derechos fundamentales, como atentados a la vida e integridad física de los trabajadores se sanearía jurídicamente con el transcurso del plazo, pudiendo el empleador en esos casos seguir manteniendo la conducta que vulnera las más importante normas jurídicas como son las normas constitucionales”⁹.

En el mismo sentido se pronuncian Cordero y Corvalán:

“Por tanto –sostienen– es evidente que el plazo debe contarse desde que concluya la conducta lesiva entendiendo que se trata de una conducta que lesiona derechos básicos para la sociedad”¹⁰.

Ahora bien, como el acoso laboral es un proceso compuesto de varias acciones u omisiones que vulneran en su conjunto los derechos de los trabajadores (de uno o de un grupo de ellos), se presenta el problema de determinar de qué manera es perceptible ese proceso en una relación de subcontratación. Fácil parece sostener que en un escenario de subcontratación, tal proceso no es posible debido a que el trabajador afectado nada tiene que ver con la gerencia o con los trabajadores de otra empresa. Y en cierto modo, aquello es así, dado que entre trabajadores de empresas relacionadas no exis-

⁸ CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010) p. 2; CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2012).

⁹ UGARTE CATALDO (2010), p. 25.

¹⁰ CORDERO MENESES (2010), p. 39.

te vinculación contractual laboral alguna. Es decir, que cada trabajador debe ser considerado solo en relación con su empresa y no respecto de la empresa llamada mandante.

Sin embargo, esta visión es sesgada, debido principalmente a la relación contractual de carácter civil que relaciona a las empresas entre sí. De hecho, dos o más empresas pueden encontrarse relacionadas en virtud de un contrato civil, por el cual, por ejemplo, la empresa que es dueña de la obra le confiere una delegación del mismo o de una parte del mismo para que la segunda la desarrolle. Así, si se trata de la construcción de una obra que tiene varias etapas, lo usual es que cada etapa se licite a varias a empresas, las cuales asumen obligaciones en virtud de contratos también civiles (casi siempre de construcción o mantenimiento), de modo que cada una de las empresas involucradas cumple con cada una de ellas en una relación descendente cuyos niveles dan origen a las denominaciones fácticas de contratistas y subcontratistas, en relación con cada etapa; todo conforme a las reglas establecidas en los contratos civiles, con frecuencia, bajo supervisión técnica de trabajadores de esas empresas relacionadas, denominados administradores de contrato.

En esta dinámica, los trabajadores de cada empresa, parecen permanecer vinculados en exclusiva a la empresa para la cual se encuentran contratados. Esto, en apariencia. En efecto, cuando se produce esta relación contractual civil entre las empresas estamos en presencia de lo que se denomina subcontratación, figura que no significa otra cosa que si bien entre las empresas relacionadas se puede dar una relación contractual de carácter civil (tanto contratistas como subcontratistas), los trabajadores de esas empresas vinculadas se relacionan entre sí en un régimen que la ley N° 20.123 de 2006 llamó “Del trabajo en régimen de subcontratación”, tratado en el párrafo 1°, del título VII del libro I del *CT*.

Por ello, para que se dé un régimen de subcontratación laboral es necesario, primero, que exista con anterioridad una relación contractual de carácter civil entre empresas que se vinculan en dicho carácter, sea como contratistas, sea como subcontratistas. Segundo, que en las empresas contratistas o subcontratistas existan trabajadores cuyas labores sean atingentes al fin perseguido en el contrato civil suscrito entre las empresas que la ley llama mandante o dueña de la obra, y contratistas o subcontratistas, respectivamente.

Tercero, que la empresa mandante ejerza supervigilancia respecto del cumplimiento de ciertas obligaciones de carácter laboral y previsional, de las empresas contratistas o subcontratistas con sus propios trabajadores, lo que se conoce como derecho de información y derecho de retención. En mérito de estos derechos o facultades, el legislador busca tanton supervigilar el cumplimiento de las leyes laborales y previsionales, exigiendo la empresa mandante a sus contratistas o subcontratistas, un estándar cuyo incumplimiento

puede generar el término del contrato civil al cual acceden esas empresas como la retención de los estados de pago pendientes para los solos efectos de cumplir con el pago de las leyes laborales (bonos, indemnizaciones) o previsionales (cotizaciones, subsidios de cesantía), que se encontraren insolutas. Es la opción que han establecido las empresas para controlar ya los aspectos civiles originados en el contrato matriz ya, también, aquellas relativas a los aspectos laborales y previsionales de ellos, sean estas mandantes, contratistas o subcontratistas. Por ello la figura del administrador de contrato.

Este administrador posee todas las facultades conferidas por las empresas en las cuales aquellos desempeñan sus labores para llevar a cabo el fin último de ser custodios del cumplimiento del contrato civil, por lo que forman parte del equipo de administración de aquellas empresas y, por ende, de la gerencia de la misma. Son trabajadores con facultades de administración, mando y control.

La empresa mandante, entonces, nombra a un trabajador como administrador del contrato, con facultades que le permiten inmiscuirse en la administración de la empresa contratista o subcontratista, quien a su turno nombra también a un administrador del contrato, el cual, sin embargo, carece de facultades de mando y control en referencia a la empresa mandante. Es decir, el administrador de la empresa mandante tiene facultades de mando y control; no así el administrador de la empresa contratista o subcontratista que únicamente tiene facultades reducidas en su propia empresa. Este último es solo un relacionador público. Esta es la realidad que surge en una relación de subcontratación, subterfugio legal que permite a las empresas mandantes solicitar la salida de trabajadores de la empresa contratista o subcontratista (pedidos), o generar la exoneración de trabajadores conflictivos, generalmente asociados a un sindicato en formación (listas negras).

De esta manera, como estas acciones quedan bajo el manto de la oscuridad y la clandestinidad, no pueden ser detectadas sino en virtud de estimar que en un escenario de subcontratación, las facultades de mando y control de la empresa mandante, pueden afectar las facultades de las jefaturas de sus empresas contratistas o subcontratistas, determinando en cada caso, quién sigue trabajando y quién no. Es decir, en un escenario de subcontratación se da una extensión de las facultades de mando y control desde la empresa mandante hacia las empresas contratistas o subcontratistas. Esta situación permite, sin duda, el ocultamiento de las intenciones de la jefatura de la empresa mandante, que resulta ser en los hechos lo más difícil de acreditar, por parte del trabajador en un juicio por tutela.

Pues bien, el presente trabajo propone un enfoque que puede ser reducido al absurdo por algunos, tanto por la defensa de la empresa denunciada, como por el juez de la causa, toda vez que en un estadio de subcontratación, las empresas relacionadas tienen comunicabilidad en lo que a las facultades de mando y control se refiere. Es decir, en virtud de esa relación interempre-

serial las facultades de mando y control traspasan los límites estructurales de las empresas contratistas o subcontratistas, determinando qué trabajadores, bajo vínculo de dependencia y subordinación de alguna de ellas, se encuentren también bajo el halo de control de la empresa mandante.

Así, no se podría entender, por ejemplo, que un empleado de la empresa A (mandante) pudiese darle instrucciones al empleado de la empresa B (contratista), y así sucesiva e indistintamente hacia sus subcontratistas. A ello apunta la pregunta: ¿por qué si el administrador de contrato de la empresa mandante presta servicios para esa empresa, puede no solo hostigar a un trabajador de una empresa contratista o subcontratista de forma tal que al final salga impune de esa situación, y que además, pueda darle instrucciones de cómo proceder en su trabajo?

Por ello, pensamos que hay que hilar más fino, como lo hemos hecho al plantear esta posibilidad. Instituciones subrepticias como los pedidos y las listas negras, tan clásicas del quehacer empresarial chileno, debilitan principios tan importantes como la dignidad de los trabajadores, y la estabilidad en el empleo. Se trata de comportamientos típicos e ilegales que se esconden tras el manto de la impunidad. Todos saben que los pedidos, y las listas negras existen, pero nadie se atreve a denunciar y probar su existencia. Por ello, es tan importante el actuar tanto de jueces como de los organismos técnicos de fiscalización, ya que es en ellos sobre los que descansa la protección última de los trabajadores.

Adquiere singular importancia en el sentido anotado, lo que se denomina prueba indiciaria, amén de las medidas cautelares decretadas por el juez para proteger aquello que pudiese constituir una prueba irrefutable y determinante, a manos de un empleador poco transparente. Una relación de subcontratación constituye el escenario perfecto para el desarrollo de conductas lesivas de derechos fundamentales.

Como la conducta de *mobbing* ha sido incorporada al CT (artículo 2, inciso 2°, segunda parte, del CT), lo que correspondía era que de la misma forma, el legislador protegiera adjetivamente al trabajador de estos atentados a la dignidad, creando una acción eficaz para ello: una acción de tutela para el caso de vulneración de derechos fundamentales de carácter laboral. En efecto, señala el artículo 485, inciso 2° del CT, lo siguiente:

“También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”.

Encontrándose la conducta de acoso laboral en el inciso 2° del artículo 2° del CT, el procedimiento de tutela es absolutamente aplicable.

Con anterioridad a la modificación de la ley N° 20.607, la doctrina refería en sus textos, a la posibilidad de que los juzgados del trabajo aplicaran una sanción al *mobbing* solo a partir del análisis, tanto del artículo 19, N° 1

de la Constitución Política (derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de la persona), como al del artículo 2°, inciso 2° (en su redacción anterior referida al acoso sexual), y artículo 5° (esencia de los derechos laborales), normas estas últimas del CT. De hecho, así ocurría, pero con la posibilidad de que algunas Cortes de Apelaciones pudieran no aceptar el mismo criterio, provocando con ello incertidumbre jurídica y desprotección de los trabajadores. Esto, sobre todo pensando que, aunque la prueba producida por el trabajador pudiere adolecer de insuficiencia, la labor judicial siempre se encuentra amparada por el principio pro operario.

De este modo, y como sea, el legislador prefirió consagrar la figura del *mobbing* en forma expresa, definiéndolo en los siguientes términos:

“Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros 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”.

Pues bien, ya establecida la legalidad del derecho a reclamar la tutela en caso de *mobbing*, en un escenario tan complicado como el de subcontratación, es necesario referirnos al procedimiento de tutela judicial efectiva tratado en el párrafo 6° del título I del libro V del CT, más específicamente a aquello relacionado con el estándar de prueba requerida por los artículos 490 y 493 del CT, esto es, con la prueba indiciaria.

Todos los autores están contestes en señalar que este estándar de prueba mínimo que, si bien no exime de probanza a la parte denunciante, sí permite que a partir de ciertos hechos el juez pueda establecer un *modus operandi* lesivo de parte del empleador; posee una finalidad diversa de aquella que los tribunales piensan estar aplicando correctamente.

La labor del juez a partir de la exposición de los hechos constitutivos de la lesión toma una importancia dantesca, ya que podrá aplicar toda la gama de instrumentos que la ley le confiere para efectos de adentrarse en la temática planteada por el denunciante (a través de medidas cautelares), hasta culminar con la aplicación de una sanción ejemplar, al empleador que vulnera derechos fundamentales de sus trabajadores (principio de impulso procesal de oficio).

Un doble aspecto importa relevar a propósito de la prueba en esta materia. El primero relativo al *onus probandi*, y el segundo, al *thema probandi*.

Respecto del primer aspecto, los artículos 490 y 493 del CT, señalan, en sus partes pertinentes, que debe hacerse “una enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada”, añadiendo la segunda norma citada: “de los que resulten indicios suficientes”.

Este sistema, señala Valdés Dal-Re, resulta ser una modificación de la regla general aplicable a la gran mayoría de los casos laborales, y que en el caso chileno se encuentra consagrada en el artículo 1698 del *Código Civil*:

“Sin embargo, esta regla común en materia del onus probandi, que se concreta adjudicando la carga de la prueba al litigante, se ha rectificado en materia de derechos fundamentales y no discriminación. La razón reside en la gran variedad del proceder vulneratorio y discriminatorio, en su polimorfismo, que se traduce en la especial dificultad de su demostración, lo que convierte la actividad probatoria en el banco de prueba de la garantía constitucional de los derechos fundamentales y la no discriminación”¹¹.

El punto fundamental que orienta a este tipo de prueba se encuentra en el hecho de lo difícil que resulta para el trabajador probar sus dichos.

La reducción de la carga, que no implica la mutación del sujeto llamado a probar sus dichos conforme a la regla general de los contratos, permite, no obstante, que los hechos constitutivos de vulneración de derechos puedan ser examinados por el juez a partir de señales mínimas que le convenzan de existir una amenaza. En los casos de hostigamiento, muchas veces las acciones u omisiones de las empresas quedan cubiertas por el manto de la impunidad, debido esto a que es muy difícil saber con mediana certeza cuáles han sido las motivaciones o intenciones reales del empleador. Es aquí donde el principio de supremacía de la realidad cobra cabal importancia.

El principio de supremacía de la realidad se ha entendido, en la doctrina, como aquel en que en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos, debe dársele preferencia a lo primero. El autor uruguayo Américo Pla Rodríguez, estudioso del derecho laboral, hoy fallecido, ha sostenido “que la realidad lleva necesariamente a la verdad” y que esta, a su turno, es un reflejo del imperio del principio de la buena fe, por lo que cuando en una relación laboral se disfraza la verdad, ello atenta contra la buena fe.

Como es sabido, la realidad como concepto tiene una doble connotación:

- i) una concreta y
- ii) otra abstracta.

La primera se asume desde la perspectiva de la cosa misma (*ipsa res*), por lo que, siguiendo a Aristóteles, solo es posible su cognición a partir de los sentidos. Sostiene el Estagirita¹²: “Nihil est in intellectu quod paus non fuerit in sensu” [nada hay en el intelecto que antes no haya estado en los sentidos].

¹¹ VALDÉS DAL-RE (1990) p. 261. También en LOUSADA (2005), p. 38.

¹² DE AQUINO (1485).

En mérito de la visión aristotélico-tomista, la realidad es una cosa palpable de acuerdo con lo que los sentidos pueden ofrecernos.

La segunda, entiende que la realidad como tantas otras cosas, no tiene un ser palpable, captable por los sentidos, sino muy por el contrario, este es abstracto e incorporeal, de modo que siendo ella una concepción mental, no tiene un correlato en la realidad, sino solo en la mente de quien la piensa. Es decir, la realidad es un concepto y como tal únicamente aprehensible por el intelecto.

Leibniz, en este sentido, sostiene que la cuestión de la realidad es un tanto diversa de la visión aristotélica, pues si los sentidos, como órganos del cuerpo humano, pueden engañarnos, Aristóteles no tenía razón absoluta en su postulado. Así, Leibniz, partiendo, eso sí, de la teoría de Aristóteles, sostiene que: "Nihil est in intellectu quod paus non fuerit in sensu" [nada hay en el intelecto que antes no haya estado en los sentidos] y agrega: "nisi intellectus ipse" [excepto el intelecto mismo], que en definitiva restringe el concepto y lo relativiza. Esto, porque en Leibniz la verdad es una proposición apriorística relacionada con el principio de identidad, misma consideración que se aplica a la experiencia¹³.

Por otro lado, y como una consecuencia evidente de lo señalado, la verdad es, asimismo, un concepto que bien puede adecuarse o no a la realidad cognoscible. Así, entonces, si la realidad se adecua a la verdad, esta se dice ser una verdad apodíctica, vale decir, una que no merece examen ni duda alguna, incluso en el caso de que no se cumpla el silogismo que la sustenta. Lo anterior, porque debemos entender que el Derecho, en tanto ciencia, no se vale de la lógica formal para la sustentabilidad de sus premisas, como ocurre en las Ciencias Naturales, sino que en la formulación de un entimema, o sea, de un silogismo de carácter dialéctico¹⁴.

Ahora bien, basado en esto, es imprescindible concluir que si las premisas y conclusiones del silogismo son verdaderas, lo será también, entonces, el silogismo. No obstante ello, y aquí es donde Américo Pla yerra notablemente, todo silogismo jurídico, que como hemos dicho, es de naturaleza dialéctica, termina por subsumirse en el contenido que le es propio. Es decir, cuando se plantea un silogismo jurídico (por así llamarlo), las conclusiones del mismo pueden ser válidas o inválidas, pero jamás verdaderas o falsas. En otras palabras, la realidad no conduce necesariamente a la verdad, porque en el ámbito del derecho de lo único que es posible hablar, es de silogismos argumentales de carácter dialéctico, con premisas y conclusiones válidas, pero no de inmediato verdaderas.

El problema que se plantea, por ende, es el de determinar qué implica que la realidad pueda, por ende, ser considerada como verdad. En definitiva, si aceptáramos que la realidad es verdad, sea intelectual como en lo concre-

¹³ ESQUISABEL (1999), p. 169.

¹⁴ Véase GARCÍA AMADO (1999), pp. 131-147.

to, los hechos ocultos quedarían reducidos al espectro interno del empleador y jamás verían la luz. Salvo que, por consiguiente, sea la realidad concreta constituida por algunos hechos con apariencia de inconexión entre ellos, la que informe a quien deba determinarlo así en su análisis, la posibilidad cierta de existir una vulneración de derechos fundamentales.

Por otro lado, según Pla Rodríguez, el disfraz de la realidad puede influir en el principio de la buena fe contractual, lo cual resulta difícil de sostener. Primero, por cuanto la buena fe contractual no mira a la verdad como realidad, y que en Pla Rodríguez conduce necesariamente a la verdad. Y segundo, porque la buena fe se basa en la conducta consciente de los actores en orden a cumplir con lo pactado, cuestión que responde a un imperativo jurídico, no siempre escrito, como ocurre con la *ratio legis* que sí se expresa en la ley. Así, si se desconoce el pacto entre empleador y trabajador planteado en un finiquito, por ejemplo, allí sí se puede hablar de mala fe¹⁵.

No obstante, el argumento es interesante desde que en el caso del *mobbing*, tanto general como especial (régimen de subcontratación), se da, por cierto, el problema del disfraz de la realidad a que se refiere Pla Rodríguez, ya que el ocultamiento de la intención del empleador de hostigar al trabajador, sea de modo directo, sea indirecto (como en el caso de la subcontratación), demuestra, *a priori*, la mala intención de quien realiza el acto u omite la debida protección del trabajador. En otras palabras, aunque la mala intención del empleador no se manifieste de forma ostensible, igual es posible alcanzar la verdad de la misma a través de los hechos, lo cual, en la óptica anotada, pugna con el concepto de buena fe que debe existir en la relación empleador y trabajador. Si el empleador adrede disfraza la realidad, miente y en esa medida, atenta contra la buena fe.

Esto es importantísimo, ya que el juez tiene una labor titánica en orden a establecer una secuencia de hechos vulneratorios que se basan en una conducta reñida con la ética y, por tanto, de mala fe. Recordemos que los hechos que conforman el *mobbing* deben ser estimados en su conjunto y no por separado. Un hecho aislado no es forzoso que constituya acoso laboral, pero la ocurrencia de varios hechos, en apariencia inconexos, permite concluir a quien examina el complejo lógico, que la proposición silogística es posible. De hecho, el juez puede verse obnubilado ante la elocuencia de los argumentos forenses de la defensa que una empresa puede plantear, pero jamás puede perder de vista el complejo escenario de prueba que el trabajador, y ningún otro interviniente, se encuentra forzado a tener *a priori*.

Preguntémonos si no resulta claro que a partir de un despido incausado, y respecto del cual no se han acreditado sus fundamentos, tanto en los hechos como en el derecho, ¿son constitutivos de una duda razonable

¹⁵ Véase IRURETA URIARTE (2011), pp. 133-188. También en CORRAL TALCIANI (2007), pp. 187-226. Antes en CÓRDOBA (2004), pp. 205-224.

para quien examina el caso (el juez)? Es evidente que esa sola situación es suficiente para otorgar al juez la posibilidad de indagar en todos los hechos anteriores al despido, y que forman parte del complejo vulneratorio.

Dado lo anterior, es necesario referirse a los requisitos que debe cumplir el denunciante en su demanda para que el juez pueda, a su turno, hacer su trabajo. Sin embargo, y previamente, es necesario referirse a las medidas cautelares de que el juez se encuentra premunido.

En primer término, lo previsto de modo general en el artículo 489, inciso 6° del CT:

“El juez de la causa, en estos procesos, *podrá requerir* el informe de fiscalización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 486”, norma que refiere a la posibilidad que tiene la Inspección del Trabajo para generar un informe de fiscalización sobre la vulneración denunciada y de esa manera pesquisar con mediana eficacia, aquellas pruebas que acrediten los dichos de quien denuncia. Si el juez no utiliza esta herramienta, tal vez los vestigios de la vulneración desaparezcan”.

En segundo término, el inciso 2° del artículo 490 del CT, de acuerdo con los antecedentes que la parte denunciante debe acompañar a su demanda conforme al inciso 1° de la norma citada, aquella dispone que: “En el caso que no los contenga, se concederá un plazo fatal de cinco días para su incorporación”. Esta regla otorga al juez la facultad de solicitar más antecedentes que funden su requerimiento, para el caso que la demanda no los contenga. Esto es relevante desde que refuerza la acción inquisitiva del juez.

En tercer lugar, el artículo 492 del CT dispone:

“El juez, *de oficio* o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes”.

Nuevamente, el legislador le otorga al juez la facultad de actuar de oficio para efectos de asegurar el resultado de la acción y de esa manera proteger al trabajador de la acción vulneratoria de su empleador cuando esta ha sido de especial gravedad.

Como se puede apreciar, las normas citadas confieren al juez un haz de facultades para investigar *motu proprio* cuestiones relativas a la vulneración denunciada, facultades que no siempre son utilizadas por la judicatura¹⁶.

¹⁶ Véase LÓPEZ MORENO (1879).

En lo que se refiere, por otro lado, a los requisitos de la denuncia, estos se reducen a la expresión de dos:

- a) que se haga una enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada (artículo 490 del CT) y
- b) que de esos hechos alegados resulten indicios suficientes para condenar (artículo 493 del CT).

En el primer caso, el presupuesto procesal se materializa en el texto de la denuncia mediante su enunciación, esto es, expresando breve y sencillamente una idea. En relación con el segundo de los requisitos, conviene hacer los siguientes alcances. Primero, ¿qué debemos entender por indicios en materia laboral? (ya que en materia penal es ya muy conocida la institución)¹⁷ y, segundo, ¿qué debemos entender por indicios suficientes?

La especialidad o excepcionalidad de la prueba indiciaria en este estadio de ideas:

“consiste en que la modulación, también denominada debilitamiento de la carga de la prueba, se produce trasladando la misma al demandado, siempre que el demandante aporte indicios racionales de discriminación o lesión”.

Así, el indicio es una herramienta eficaz a la hora de desentrañar la oscuridad de pensamiento lesivo de algunos empleadores¹⁸. Pero, ¿qué es un indicio?

Sostienen Cárcamo y Núñez:

“El término ‘indicio’ debe entenderse en el sentido de que lo alegado permita inferir la existencia de una intención no percibida a simple vista por la conducta empresarial, es decir, que permita al órgano judicial deducir la posibilidad de que se haya lesionado el derecho fundamental, mediante señales o acciones que manifiestan –de forma inequívoca– algo oculto”¹⁹.

Pues bien, si el juez advierte en la exposición del denunciante indicios de vulneración de los derechos de un trabajador, debe decretar todas aquellas medidas tendientes a proteger al mismo del actuar vulneratorio de su empleador, como ya expresamos. Para ello cuenta con una serie de medidas

¹⁷ CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010), p. 8. También en FERNÁNDEZ LÓPEZ (1992), p. 236.

¹⁸ CAAMAÑO ROJO (2007) pp. 157-194. El autor sostiene: “Suelen ser conductas enmascaradas (normalmente ocultas) en una apariencia de legalidad. Este es el motivo por el que la prueba se erige como el elemento más difícil y esencial, no solo porque la discriminación o lesión viene cualificada por la actividad del empleador, sino también por el resultado perjudicial que de ella se deriva. De hecho, se dice que lo que se tipifica es un ilícito laboral objetivo (...), por lo que para su consumación no se debe atender a aspectos volitivos del comportamiento del empleador”.

¹⁹ CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010), p. 8.

de cautela que, de nuevo, el juez debe aplicar. No se trata aquí de llegar a la audiencia preparatoria sin haber aplicado estas normas, ya que se supone previamente que el empleador hará lo imposible por esconder los efectos de su ilícito.

Respecto de la segunda pregunta, la ley requiere que esos indicios sean suficientes. Según Cárcamo y Núñez²⁰ se trata de un principio de prueba, unos

“mínimos de vulneración de derechos fundamentales (...) prueba prima facie que no consiste en acreditar, sino en imbuir en el juez una sospecha racional. Por tanto, siendo el demandante el gestor de su propio derecho, se le exige la diligencia suficiente, también en el plano probatorio, de generar indicios racionales de los que pueda deducirse la lesión”,

todo lo cual no significa que el órgano jurisdiccional sea relevado de su labor más importante: amparar al trabajador.

“Este principio dispositivo –continúan los autores– no puede ser aplicado a modo de barrera formal infranqueable que exonere a los órganos judiciales de cumplir su ineludible función garantizadora de los derechos fundamentales en juego, porque el mandato constitucional obliga a una interpretación y aplicación de las normas procesales orientadas a propiciar la más efectiva y favorable tutela del derecho fundamental [vulnerado]²¹.”

Ahora bien, ¿qué toca probar al denunciado? En relación con el *thema probandi*, esto es, “aquello que debe ser probado cuando aparecen indicios de vulneración”, el Código lo previene en los términos siguientes. El denunciado debe: a) “explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (artículo 493 del CT) y b) “considerando los límites legales a las facultades del empresario” (artículo 485 del CT)”.

Respecto del primer supuesto, explicar no es enunciar, de modo que el estándar de prueba es mayor para el denunciado. ¿Y qué debe explicar? Primero, que las medidas adoptadas fueron racionales (idóneas y necesarias), y, luego, que las mismas fueron proporcionales, considerando sobre todo los límites legales a las facultades del empleador (facultades de mando y control). El límite a esas facultades siempre ha sido el respeto por la dignidad humana del trabajador²².

²⁰ CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010), p. 9.

²¹ Véase SILVA IRARRÁZVAL (2011), pp. 31-48. También en FERRADA BÓRQUEZ y WALTER DÍAZ (2011), pp. 91-111.

²² CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010), p. 11. También en MONEREO (1996), p. 32.

Según Cárcamo y Núñez el principio de proporcionalidad es un “mecanismo que sirve para calcular en qué punto se establece el equilibrio entre los diferentes derechos en conflicto. Su operatividad se activa comprobando si se cumplen tres requisitos o condiciones: el primero, conocido como *juicio de idoneidad*, [que] consiste en estimar si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo empresarial (lícito) que se propone; el segundo, *juicio de necesidad* – o indispensabilidad–, deberá verificar si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, *juicio de proporcionalidad* en sentido estricto, habrá que evaluar si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”²³.

Frente a actos de hostigamiento, ¿qué medidas debe adoptar la empresa para terminar con aquellas situaciones? Aquellas que sean idóneas, necesarias y proporcionales. De hecho, en forma previa, todo juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad parte de una regla fundamental que es el respeto por la persona humana. En este sentido, el artículo 184 del CT dispone una regla general y transversal a toda la legislación laboral y de seguridad en el trabajo, al siguiente tenor: “El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores”, lo que se encuentra en relación con los dispuesto en los artículos 2° (principio de no discriminación) y 5° (principio de dignidad de la persona del trabajador, como límite al poder del empresario-empleador), ambas del CT, y en el artículo 19, N° 1 de la Constitución Política de la república (CPR), esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de toda persona. Recordemos en esta parte, que con anterioridad a la modificación planteada en la ley N° 20.607 de 2006, el *mobbing* o acoso laboral no existía, de modo que la arquitectura de los fallos judiciales se balanceaba entre la condena y la absolución, ya que el juez debía fundamentar *in extenso* todas sus motivaciones jurídicas para alcanzar el ideal que la Dirección del Trabajo ya había anunciado muchas veces antes. Ese trabajo en exceso complicado para el juez, se vio, por tanto, favorecido por la modificación que expresamente señaló que debía entenderse por *mobbing* o acoso laboral, poniendo esta conducta indeseada bajo la protección de la acción de tutela. Por ello, es que nos sorprende que en la actualidad, jueces tanto inferiores como superiores, aún les tiemble la mano para aplicar las normas sobre *mobbing* cada vez más claras en la ley.

Pero, además, es necesario que el denunciante pruebe (y esta vez sí lo debe hacer) la falta de motivación lesiva del despido. Señalan Cárcamo y Núñez:

²³ CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010), p. 12.

“Es absolutamente preciso que se demuestre la falta de motivación lesiva, no solo la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar su adopción”²⁴,

es decir, no pueden concurrir motivaciones pluricausales o acausales que intenten justificar aquello que es injustificable.

“La empresa debe, por tanto, crear suficiencia probatoria, la convicción cierta del juez, no la mera duda: si la empresa no cumple la exigencia de suficiencia probatoria, la ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador”²⁵.

Poco importan, en este sentido, las acciones volitivas del empleador, sino que importan aquellas racionales. La empresa debe acreditar bajo un estándar de plena prueba, que sus decisiones y medidas adoptadas fueron racionales y no simplemente volitivas. Que las medidas fueron tomadas en consideración a aspectos volubles e insignificantes, mas no considerando aspectos relativos al manejo racional de la empresa son, en efecto, fundamentos inaceptables para el juez, o al menos deberían serlo. ¿Qué tienen que ver las decisiones adoptadas por una empresa, tendientes a llevarse bien con el cliente (mandante) o aquellas tendientes a no hacerlo enojar? No tienen connotación racional alguna, pues no son atingentes al manejo o administración de la empresa. No podemos imaginar a una empresa tomando una decisión animada por el miedo al qué dirán si la misma se implementa o lleva a cabo, pues ello escapa al escenario intelectual que mueve el actuar de las estructuras empresariales, en lo que a la toma de decisiones se refiere.

Y ahí está el problema, ya que una empresa toma decisiones conforme a un *status rationalis* cuyos resultados deben aumentar sus ganancias, y no tomando en consideración cuestiones meramente volubles e insignificantes, como el llevarse bien con el mandante. No hay idoneidad, necesidad, ni proporcionalidad en decisiones provenientes de la mera voluntad del empleador. De hecho, las decisiones adoptadas de esa manera, nada tienen que ver con las facultades de mando y control de una empresa.

Lo que se manilla siempre en estos casos es la dignidad de los trabajadores, quienes son objeto de procesos angustiosos de hostigamiento por parte incluso de un agente externo a sus propias empresas.

Las personas (sujetos de derecho), son trabajadores durante algunas horas del día, pero nunca dejan de ser personas.

²⁴ Véanse sentencias del Tribunal Constitucional Español desde la número 90/1997 hasta hoy.

²⁵ CÁRCAMO ZAMORA y NÚÑEZ GONZÁLEZ (2010), p. 12.

A modo de conclusión, debemos entender que los escenarios en los cuales los trabajadores son vulnerados en sus derechos, difieren unos de otros. Sin embargo, sostenemos que existen normas comunes que conectan el actuar de las jefaturas empresariales y que no obedecen a aspectos técnicos (intelectivos) del quehacer de la empresa, sino que provienen del mero capricho del empleador, comportamiento que pugna con lo que el legislador quiere proteger: la dignidad humana.

Los jueces, en ello, tienen un deber que solo es posible comparar con el que anima a todo ser humano en el cuidado de sí mismo. Están llamados a indagar profundamente en los hechos denunciados hasta lograr una mediana preconvicción, que luego podrá o no ser ratificada en su sentencia, pero que permite al menos el descanso en el arduo camino probatorio que carga en sus hombros el trabajador. Las más de las veces, las conductas de los empleadores se esconden bajo el disfraz de la justificación, pero a poco andar, el juez puede darse cuenta de que aquello es simplemente un ardid que busca obnubilar el juicio judicial hasta hacerlo errar.

En este sentido, cobra gran importancia la prueba indiciaria, la que, como hemos dicho, establece un estándar mínimo que no puede ser apreciado sino en relación con lo que se busca proteger: la dignidad humana. Un hecho aislado puede no generar un estadio vulneratorio, pero varios hechos aparentemente inconexos, sí pueden erigirlo. Si además, ese proceso vulneratorio es escondido bajo la apariencia de una relación contractual diversa de la normal (subcontratación), la intención del agente vulnerador queda oculta tras la nube desplegada por aquella empresa que debió proteger a su trabajador, no permitiendo, por ejemplo, el hostigamiento del mismo. Suelen los tribunales confundir el contexto en el que los hechos se desarrollan, con el estigma de la ignorancia del trabajador o de su abogado, lo cual no puede ser un óbice para el juez, quien posee muchas herramientas que de hecho están consagradas en el CT con la finalidad de prever estas situaciones.

Proponemos que en un escenario de subcontratación se da una extensión de las facultades de mando y control desde la empresa mandante hacia las empresas contratistas o subcontratistas, una comunicabilidad situacional que permite, sin duda alguna, el ocultamiento de las intenciones de la empresa mandante, que resulta ser por ello lo más difícil de acreditar por parte del trabajador en un juicio por tutela, y que termina con el despido de este aplicando una causal inexistente, la que además jamás es acreditada por el empleador.

BIBLIOGRAFÍA

- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2011): "La noción de acoso moral laboral o *mobbing* y su reconocimiento por la jurisprudencia en Chile", en *Revista de Derecho de la PUCV*, N° 37, segundo semestre: pp. 215-240.

- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2007): “La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios”, en *Revista Ius et Praxis (Talca)*, Vol. 13 N° 2: pp. 157-194.
- CÁRCAMO ZAMORA, Ximena y NÚÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano (2010): “La prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral chileno”, en *RIJF (Porrúa)*.
- CÁRCAMO ZAMORA, Ximena y NÚÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano (2012): “La prueba indiciaria en el procedimiento de tutela laboral chileno”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 204.
- CORDERO MENESES, Mario Arturo y CORVALÁN SOTO, Jorge Andrés (2010): *La jurisprudencia en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en la nueva justicia laboral*, memoria (Santiago, Universidad de Chile).
- CÓRDOBA, Marcos (2004): *Tratado de la Buena Fe en el Derecho* (Buenos Aires, Di Lalla Ediciones) Tomo II.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2007): “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 12-13: pp. 187-226.
- DE AQUINO, Santo Tomás (1485): *Summa Theologica* (Basilea).
- ESQUISABEL, Oscar M. (1999): “Leibniz: sobre la verdad y la coherencia”, en *Revista de Filosofía y Teoría Política* (Buenos Aires), N° 33: pp. 167-199.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María F. (1992): “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en Manuel Ramón ALARCÓN CARACUEL (coord.) *Constitución y Derecho del Trabajo* (Madrid, Marcial Pons) pp. 161-274.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y WALTER DÍAZ, Rodolfo (2011): “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, en *Revista de Derecho UACH* (Valdivia), Vol. 24, N° 2: pp. 91-111.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2004): *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos* (Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio y PRADO LÓPEZ, Pamela (2006): *El mobbing o acoso moral laboral* (Santiago de Chile, Lexis Nexis).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1999): “Retórica, argumentación y derecho”, en *Revista Isegoría* (Madrid), N° 21: pp. 131-147.
- IRURETA URIARTE, Pedro (2011): “Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno”, en *Revista Ius et Praxis* (Talca) Vol. 17 N° 2: pp. 133-188.
- LÓPEZ MORENO, Santiago (1879) *La prueba de indicios* (Madrid, Imprenta de Aurelio J. Alarín).
- LOUSADA, José Fernando (2005): “La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación”, en *Revista de Derecho Social* (Madrid), N° 30: pp. 35-54.
- MONEREO, José Luis (1996): *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro (2011): “Supremacía constitucional y tutela laboral”, en *Revista de Derecho UACH* (Valdivia), Vol. 24, N° 1: pp. 31-48.

UGARTE CATALDO, José Luis (2010): *Tutela de derechos fundamentales del trabajador* (Santiago, Legal Publishing).

VALDÉS DAL-RE, Fernando (1990): *Ley de procedimiento laboral*, en *VV.AA.* (Bilbao, 1990).

PROYECTO DE LEY
EN DISCUSIÓN



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

